FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(Organizador)

Ano 2022

FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS
(Organizador)

IV

Ano 2022

Editora chefe
Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Editora executiva
Natalia Oliveira
Assistente editorial
Flávia Roberta Barão
Bibliotecária
Janaina Ramos
Projeto gráfico
Bruno Oliveira
Camila Alves de Cremo
Daphynny Pamplona
Luiza Alves Batista
Natália Sandrini de Azevedo
Imagens da capa
iStock
Edição de arte
Luiza Alves Batista

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce,* ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO E TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO 4**, coletânea de dezesseis capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, três grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direitos humanos e direito constitucional; estudos em direito ambiental, animal e natureza; além de pensando o direito e a sociedade.

Estudos em direitos humanos e direito constitucional traz análises sobre Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição militar, colonialismo e descolonização jurídica, soberania popular, sistema eleitoral, partidos políticos, liberdade de expressão e discurso político.

Em estudos em direito ambiental, animal e natureza são verificadas contribuições que versam sobre agrotóxicos e práticas alternativas, defesa animal e etnobotânica.

O terceiro momento, pensando o direito e a sociedade, traz conteúdos de positivisimo jurídico excludente, voto de cabresto, governança dos comuns, obra de Jacques Maritain, direitos creditórios, direitos sucessórios, direito e literatura, além de educação e formação docente.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA APLICAÇÃO DA JURISDIÇÃO MILITAR NO JULGAMENTO DE DELITOS COMUNS

Data de aceite: 01/04/2022

Rafael Pinto dos Santos
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena (UNISAL)

RESUMO: O presente trabalho pretende examinar a compatibilidade da aplicabilidade da jurisdição militar no julgamento de delitos comuns com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil submete-se ao Pacto São José da Costa Rica como também às decisões do Tribunal Americano. Em novembro de 2017 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei Nº 13.491/2017 que alterou o Art 9º do Código Penal Militar, ao ampliar a competência da Justiça Militar abrangendo os delitos comuns. Assim, questiona-se a conformidade da modificação legislativa com a jurisprudência americana. A pesquisa é qualitativa, descritiva e bibliográfica.
PALAVRAS CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Jurisdição Militar.

ABSTRACT: This paper aims to examine the compatibility of the applicability of military jurisdiction in the judgment of common crimes with the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. Brazil submits to the San José Pact of Costa Rica as well as to the decisions of the American Court. In November 2017, Law No. 13.491 / 2017 was published in the Official Gazette of the Union, which amended Article 9 of the Military Penal Code, by extending the jurisdiction of the Military Justice to include common crimes. Thus, the conformity of the legislative modification with American jurisprudence is questioned. The research is qualitative, descriptive and bibliographic.
KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights. Conventionality Control. Military Jurisdiction.

1 | INTRODUÇÃO

O tema A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Aplicabilidade da Jurisdição Militar no Julgamento de Delitos Comuns foi eleito como objeto desse artigo científico em função da elaboração da Lei Nº 13.491/17 que ampliou a competência da justiça militar. Um questionamento em relação à mudança normativa permeia os profissionais do meio jurídico quanto à (in) convencionalidade da norma.

Ao longo da construção do conhecimento, ora proposto, buscar-se-á reunir conceitos, jurisprudências, correntes doutrinárias, legislações, de forma que ao final sejam alcançados os elementos necessários para responder o seguinte problema de pesquisa: A aplicação da Justiça Militar da União no julgamento de crimes comuns praticados por militares no exercício da função é compatível com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos?

O objetivo geral desse trabalho é estudar

o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o seu principal instrumento normativo, o Pacto São José da Costa Rica. Além disso, almeja-se conduzir um breve estudo dos órgãos de proteção aos direitos humanos no plano americano. Em um sentido mais específico, pretende-se analisar a compatibilidade da Lei Nº 13.491/17 com as decisões reiteradas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O estudo deste tema torna-se relevante na medida em que a mudança na legislação penal militar e a ampla participação dos integrantes das forças armadas em operações de Garantia da Lei e da Ordem podem ocasionar, posteriormente, uma condenação do Brasil no Tribunal Americano devido ao julgamento de delitos comuns cometidos por militares em serviço pela Justiça Militar da União.

No curso do desenvolvimento deste artigo científico, do ponto de vista teórico, utilizou-se o método dedutivo, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa nacional que aborda o sistema americano de tutela aos direitos do homem, a Convenção Americana sobre os Direitos e a Lei Nº 13.491/17. Ademais, a pesquisa foi feita com sustentação em uma revisão jurisprudencial a respeito de algumas decisões da Corte.

O trabalho está dividido em sete subtítulos, apresentando-se, no primeiro, intitulado “Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, um sentido mais amplo, abrangendo a origem. No segundo, denominado “A Convenção Americana de Direitos Humanos”, buscará mostrar as suas principais disposições normativas. No terceiro, designado “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos”, procurar-se- á dissertar a respeito de sua composição e funções. No quarto, nomeado “A Corte Interamericana de Direitos Humanos”, analisará a sua composição, competências e alguns julgados. No quinto, batizado “A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a admissão da justiça castrense”, mencionará algumas decisões reiteradas. No sexto, citado “O controle de convencionalidade”, conceituará e explicará o instrumento em questão. O último, chamado “A ampliação da competência da Justiça Militar da União no ordenamento jurídico brasileiro” estudará a alteração legislativa provocada pela Lei Nº 13.491/17.

2 | SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Americano foi elaborado em 1948, com a instituição da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a elaboração de sua Carta, na IX Conferência Interamericana, ocorrida na cidade de Bogotá, Colômbia. Nessa ocasião, também houve a criação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, um dos primeiros diplomas do presente sistema regional, que aborda tanto os direitos de 1ª dimensão[1] como os de 2ª dimensão[2] com uma concepção universalista dos direitos humanos. O Brasil foi um dos países participantes na fundação da OEA e concordou em adquirir encargos essenciais no intuito de consolidar, no âmbito doméstico, as concepções preponderantes do órgão

1 Direitos civis e políticos.

2 Direitos sociais, econômicos e culturais.

responsável pela coordenação da estrutura protetiva dos direitos do ser humano no continente americano.

Em 1969, com alicerce regulamentar na Declaração Americana, foi concebido o ato internacional preponderante do Sistema Americano a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto são José da Costa Rica. Esta é a principal ferramenta protetiva dos direitos humanos no continente americano (MAZZUOLI, 2016). A respeito do tema, alude que os trâmites previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos integram o modelo americano de tutela internacional dos homens (GUERRA, 2014).

Cabe ressaltar, a importância exercida pela Convenção Americana de Direitos Humanos nas decisões de natureza vinculante exaradas pelo órgão jurisdicional do sistema americano de proteção internacional aos direitos humanos.

3 I A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

O presente documento, também denominado de Pacto São José da Costa Rica, desenvolvido na Conferência Especializada sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica no ano de 1969. A Convenção entrou em vigor, após a obtenção do número mínimo de onze ratificações, no ano de 1978 e sendo possível a participação dos Estados integrantes da Organização dos Estados Americanos (GUERRA, 2014).

O governo brasileiro, após quase vinte anos de um regime autoritário e na vigência da Constituição Cidadã, assentado na prevalência dos direitos humanos na convivência cosmopolita, ratificou o Pacto São José da Costa Rica e o promulgou na ordem interna, por intermédio do decreto Nº 678, no ano de 1992.

A Convenção declara, essencialmente, direitos de 1ª dimensão. Entretanto, há somente uma breve citação no artigo 26[3] sobre direitos sociais, econômicos e culturais. Estes foram adotados em 1988, por ocasião da elaboração de um Protocolo Adicional (San Salvador) à Convenção Americana.

A intenção inicial do Pacto é priorizar a defesa dos direitos humanos realizada no âmbito interno dos países que ratificaram ou aderiram o presente tratado, ou seja, a aplicação da atribuição primária do Estado. Entretanto, caso haja omissão ou qualquer outro obstáculo no estado-parte a Convenção seria aplicada de forma complementar no intuito de efetivar uma real proteção ao ser humano (MAZZUOLI, 2016). No mesmo sentido, também pode-se afirmar a competência inicial do Estado para propiciar a tutela

3 Art 26 - Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

dos direitos humanos em seu território, ocorrendo o envolvimento internacional apenas de forma complementar e acessório (PIOVESAN, 2017).

A Convenção Americana é decomposta em dois segmentos. Inicialmente, os direitos tutelados e os encargos dos Estados são abordados e, na parte seguinte, os instrumentos de salvaguarda do aparelho americano (MOREIRA, 2015). A estrutura basilar do Pacto encontra-se nos dois artigos iniciais, que reforçam as obrigações assumidas pelas nações participantes.

O artigo 1º faz menção ao compromisso assumido pelos Estados-partes no tocante ao respeito pelo exercício, livre e pleno de toda pessoa, dos direitos e das liberdades conforme a Convenção, sem qualquer forma de discriminação. Caso haja alguma omissão legislativa quanto à previsão do dispositivo anterior, os países associados deverão complementar, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio e os próprios mandamentos do Pacto, as lacunas normativas existentes para a implementação de cada garantia, de acordo com o artigo 2º. Assim, os países aderentes se sujeitam à fiscalização internacional no que concerne ao respeito dos direitos fundamentais em seu território (PIOVESAN, 2017).

Existe a previsão na Convenção de dois órgãos[4] de proteção dos direitos humanos: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), um elemento executivo, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), uma instituição jurisdicional. Anote-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, em sua segunda parte, arts. 34 ao 51, trata da CIDH, enquanto as questões relativas à Corte IDH são regulamentadas nos arts. 52 ao 69.

São duas entidades autônomas e livres com o intuito de salvaguardar e observar os privilégios estipulados no ato internacional americano (MAZZUOLI, 2016). Nos próximos tópicos serão abordados os dois órgãos mencionados anteriormente, iniciando o estudo pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

4 I A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) está localizada na cidade de Washington, D.C., EUA, e é composta por sete membros[5]6 eleitos pela Assembleia Geral da OEA, com um mandato de quatro anos e a possibilidade de uma recondução. Atualmente, a jurista e professora Flávia Piovesan integra a Comissão desde o ano de 2018 e permanecerá até o ano de 2021. Os países que aderiram ao Pacto automaticamente se submetem à competência desse órgão.

Piovesan (2000) descreve que a CIDH funciona procedendo pesquisas e pareceres prevendo e instruindo a utilização de precauções para assegurar os direitos humanos.

4 Artigo 33 - São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.
5 Cidadãos de elevada autoridade moral e de notório conhecimento em matéria de direitos humanos.

Promover o cumprimento e a tutela dos direitos do ser humano é a principal função da Comissão, além de outras previstas no artigo 41 como o incentivo ao conhecimento dos direitos humanos aos habitantes do continente americano; a elaboração de orientações aos países membros para o cumprimento das disposições prescritas no Pacto, a composição de ensinamentos; o pedido de informações aos Estados constituintes sobre a adoção de providências para a efetivação dos direitos humanos; a assistência, por intermédio de consultas, aos países participantes referente aos assuntos de direitos humanos; o desempenho na admissão de notificações de violações aos direitos dos homens e a apresentação anual de uma exposição à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou entidades não governamentais[6] podem denunciar um caso de violação aos direitos humanos à Comissão. Após a verificação e confirmação dos pressupostos de admissibilidade[7], será solicitado informações ao suposto Estado violador de direitos e, em seguida, promoverá uma investigação que pode ocasionar a confecção de um relatório com a expedição de recomendações. Depois de três meses, caso não tenha acontecido uma solução amistosa, a denúncia será encaminhada à Corte. O presente órgão americano possui extensa aptidão processual para aceitar relatos ou reclamações no que diz respeito a qualquer violação da Convenção (GUERRA, 2014).

Cumpre frisar que em casos de gravidade e urgência, a Comissão IDH pode solicitar a um Estado-parte o emprego de medidas cautelares no intuito de inibir danos irreparáveis e proteger os indivíduos (MAZZUOLI, 2016). Por fim, vale registrar se o Estado não cumprir as recomendações e se o denunciante concordar, o caso será submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5 | A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Além da Comissão também há um órgão jurisdicional autônomo do Sistema Americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Esta é constituída por sete juízes, eleitos na Assembleia Geral da OEA para um mandato de seis anos e autoriza uma reeleição. A constituição da Corte teve como embrião a proposição exteriorizada pelos membros da representação brasileira no decorrer da IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá no de 1948 (GUERRA, 2014).

A submissão à Corte tem natureza facultativa, ou seja, apenas julga Estados que

6 Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

7 Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

reconheceram a sua competência jurisdicional. O Brasil declarou o reconhecimento à atribuição contenciosa da Corte em 1998 e promulgou no ordenamento pátrio o decreto Nº 4.463, no ano de 2002. A manifestação brasileira constou de uma reserva somente para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Apenas a Comissão e os Estados-partes possuem legitimidade para submeter um caso ao tribunal americano. Não foi adotado no Sistema Americano o Jus Standi, mas somente o *Locus Standi.* Acerca desse fato, no sistema americano obrigatoriamente o indivíduo tem que acionar a Comissão, pois não é permitido provocar diretamente a Corte como ocorre no Sistema Europeu de proteção aos direitos humanos. (GUERRA, 2014).

A Corte é detentora das competências consultiva e jurisdicional. Aquela está relacionada a duas categorias de pareceres, a primeira relacionada à interpretação de tratados de direitos humanos, a segunda acerca da compatibilidade de normas nacionais com atos internacionais do Sistema Americano. Também na esfera consultiva, existe a possibilidade da Corte elaborar parecer sobre a interpretação de atos internacionais de tutela aos direitos humanos para qualquer país integrante da OEA que tenha aderido ou não a Convenção (PIOVESAN, 2017). A chamada de contenciosa é exercida no momento do julgamento dos litígios ao solucionar os conflitos jurídicos existentes entre países e cidadãos. Apenas os Estados que admitiram expressamente a capacidade jurisdicional da Corte que podem ser julgados por esta. (PIOVESAN, 2017).

A decisão exarada pela Corte americana, como de qualquer outro tribunal internacional, é uma sentença de natureza internacional e não estrangeira. Assim, não persiste a necessidade da realização do procedimento de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o ordenamento constitucional pátrio, para ter aplicabilidade no território nacional (MAZZUOLI, 2016).

A solução judicial proveniente do Tribunal Interamericano tem eficácia imediata e força vinculante, com aplicação obrigatória pelos Estados-membros (PIOVESAN, 2017). As decisões proferidas pelo órgão jurisdicional americano em face de um governo têm natureza de coisa julgada, obrigando toda a administração pública a cumpri-las de forma que produza efeitos jurídicos completos (MAZZUOLI, 2016).

Caso o país descumpra a decisão proferida na sentença, incidirá em um novo atentado ao Pacto São José da Costa Rica. O Tribunal ao julgar um caso concreto pode apreciar outras violações aos direitos humanos que não foram mencionados, inicialmente, na denúncia. Tal situação ocorreu no caso Cinco Pensionistas Vs. Pero, julgado em fevereiro de 2003, que a Corte Americana aceitou o surgimento de novos fatos apresentados pelas próprias vítimas, já que não infringe o princípio da igualdade na litigância processual em face do Estado (MAZZUOLI, 2016).

A Corte também exerce o controle de convencionalidade ao verificar a compatibilidade de uma norma interna de um Estado-parte com tratados americanos de direitos humanos. Encontra-se a primazia da aplicação de tal mecanismo pelo judiciário nacional,

ou seja, tanto os tribunais como os juízes. Este posicionamento é mencionado pela doutrina pátria, a aplicação do controle de convencionalidade por um tribunal internacional ocorrerá apenas na formatação subsidiária (MAZZUOLI, 2016).

O controle de convencionalidade surgiu no ano de 2006, quando houve o julgamento do caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile pela Corte e além do mais ficou evidente a sujeição do Estado-parte às disposições da Convenção. Os governos, que ratificam ou aderem posteriormente um tratado internacional, ficam obrigados ao fiel cumprimento das responsabilidades assumidas, inclusive os integrantes do poder judiciário, pois fazem parte da estrutura estatal, ao aplicarem os encargos contraídos no ordenamento jurídico nacional (MAZZUOLI, 2016). Igualmente, a presente teoria foi utilizada no caso Trabalhadores demitidos do congresso Vs. Peru, no ano de 2006.

Dessa forma, é uma obrigação do poder judiciário caseiro executar o controle de convencionalidade das leis nacionais em face dos instrumentos interamericanos que versam sobre direitos humanos, sem reduzir o alcance protetivo dos dispositivos previstos no Pacto São José da Costa Rica. O entendimento atual da Corte quanto as suas decisões é que sejam utilizadas como fonte de interpretação pelos países membros. A posição atual do Tribunal Americano é no sentido que suas decisões são vinculantes como também os países membros ficam compelidos a aplicarem a Convenção Americana e adotarem a interpretação elaborada pelo órgão jurisdicional (MAZZUOLI, 2016).

A Corte Interamericana, no exercício de sua função jurisdicional, já realizou o julgamento de vários casos contenciosos entre pessoas e Estados, oportunizando diversas sentenças. Estas propiciaram uma vasta jurisprudência atrelada à interpretação de leis dos países partes e do próprio Pacto São José da Costa Rica. Assim, o próximo ponto a ser analisado será o entendimento jurisprudencial do Tribunal Americano relacionado ao emprego da justiça militar.

6 | A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A ADMISSÃO DO FORO CASTRENSE

Inicialmente, o termo jurisprudência significa um conjunto de decisões jurídicas reiteradas, resultado de interpretações de legislações e contribui como fonte de direito. A sua origem é inglesa, principalmente empregada nos países que adotam o sistema *Common Law,* como a Inglaterra e os EUA. No Brasil, apesar de adotar o sistema *Civil Law* com a positivação do direito, os tribunais superiores constantemente têm utilizados os entendimentos forenses.

Após o término da 2ª Guerra Mundial, iniciou-se a „Guerra Fria" com a bipolaridade entre os EUA e a ex URSS, caracterizada por um conflito ideológico, político, econômico, cultural e militar, na qual muitos direitos foram violados pelos Estados em relação aos seus cidadãos nacionais ou estrangeiros. Na década 80, mais precisamente no ano de

1989, ocorreu a queda do Muro de Berlim que ocasionou a mudança de vários regimes de governo, prevalecendo a democracia. Dessa forma, a alteração do regime político em vários países do continente americano ocasionou inúmeras investigações com o intuito de responsabilizar os Estados e os agentes provocadores dos desrespeitos aos seus semelhantes. A Corte IDH reúne um conjunto considerável de decisões, interpretando instrumentos internacionais e nacionais. As principais sentenças proferidas estão relacionadas aos direitos econômicos, sociais, culturais e discriminação; direito à integridade pessoal; direito à liberdade pessoal; direito à liberdade de expressão; migração, refúgio e apátridas; direito à vida, anistias e à verdade; e direitos dos povos indígenas. Destaca-se que a aplicação ou não da jurisdição castrense, no julgamento de militares no cometimento de delitos comuns, é uma das jurisprudências elaboradas pelo juízo americano.

A Corte IDH, em diversas ocasiões, enfrentou, no decorrer de suas audiências, esse assunto e desenvolveu a tese da impossibilidade de utilização do foro espartano, pois violaria os princípios do juiz natural, da imparcialidade, da igualdade e da independência do poder judiciário. Além disso, cabe ressaltar que o foro militar seria empregado somente para investigar, julgar e condenar militares por infrações castrenses. Tal entendimento pode ser visto na publicação do Boletim de Jurisprudência da Corte, no ano de 2015, especificando os casos Radilla, Pacheco, Fernández Ortega e outros como também o Rosendo Cantú e outra contra o México, em que o Tribunal Americano decidiu pela aplicação do artigo 57 do Código de Justiça Militar mexicano apenas às infrações penais praticadas pelos militares atentatórias aos bens jurídicos tutelados pela Justiça Militar e a Corte IDH estabeleceu que os presumidos desrespeitos aos direitos da dignidade humana, por agentes militares, é de competência da justiça penal comum.

Da mesma forma, o caso Rodríguez Vera e outros contra a Colômbia em que o órgão jurisdicional americano reforçou a sua jurisprudência no sentido de não aplicação da jurisdição militar nos comportamentos de integrantes de forças militares que acarretaram violações aos direitos humanos, pois em um regime democrático o emprego da justiça castrense será limitado e incomum.

Na análise das demandas mencionadas, resta evidente a posição da Corte quanto à vedação da aplicação de instância militar. Cabe lembrar, os países que aceitaram a se submeter à jurisdição do Tribunal Americano devem além de respeitarem os tratados americanos sobre direitos humanos, também se obrigam a cumprir as interpretações oriundas das deliberações judiciais do plano americano. Inclusive, esse é o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do Brasil ao comentar da necessidade de juízes fundamentarem suas sentenças conforme os atos internacionais de direitos humanos e, principalmente, da jurisprudência dos tribunais internacionais.

Ademais, o CNJ instituiu providências com a finalidade de obter conhecimentos e experiências para ampliar a qualidade dos integrantes do poder judiciário, no plano do fomento e atendimento aos direitos humanos. As seguintes medidas podem ser citadas: a

elaboração de ajustes com a OEA e CIDH para qualificar membros do judiciário nacional em direitos humanos e tratos com a Corte IDH a fim de contrair percepção jurisprudencial dominante sobre a interpretação os atos internacionais de tutela aos direitos do homem.

7 | O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

No decorrer do julgamento da demanda Almonacid Arellano e outros contra Chile, no ano de 2006, a Corte deliberou no sentido que os juízes chilenos não deveriam aplicar uma lei nacional em um caso concreto que violasse o estado de espírito da Convenção Americana. Foi a ocasião que principiou o instrumento de controle de convencionalidade no Sistema Regional Americano ampliando a tutela aos direitos humanos.

O controle de convencionalidade das normas é um procedimento de conformidade da legislação integrante do ordenamento jurídico pátrio com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados ou aderidos por um Estado (MAZZUOLI, 2016). Cumpre lembrar que a referência no controle de constitucionalidade é a constituição, ou seja, é verificar a compatibilidade do ordenamento infraconstitucional com a carta constitucional de um país.

Este mecanismo de conferência será manuseado pelos órgãos jurisdicionais internacionais ao exararem suas sentenças como também pelos juízes e tribunais nacionais no transcorrer dos julgamentos. Estes, no entendimento da Corte Americana, possuem a obrigação de controlarem a convencionalidade das normas domésticas contrárias a dispositivos jurídicos internacionais protetivos da dignidade humana (MAZZUOLI, 2016).

Concerne alertar que, o exame de adequação vertical do direito doméstico com o internacional, não é atribuição apenas do Poder Judiciário, da mesma forma compete aos Poderes Executivo e Legislativo (MOREIRA, 2015). O controle de convencionalidade no Brasil compreende dois modelos. O primeiro é denominado de concentrado e será de atribuição do STF. Já o segundo é batizado de difuso e será exercido pelos magistrados e tribunais (PORTELA, 2019).

8 | A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei Nº 13.491/17 alterou o artigo 9º do Código Penal Militar (CPM), ampliando a competência da justiça castrense. A mudança legislativa acrescentou a possibilidade do militar, no exercício da função, ser investigado, julgado e condenado pelo fórum militar por crimes previstos na legislação penal conforme a nova redação do dispositivo legal artigo 9º, inciso II, do CPM: "Consideram-se crimes militares, em tempo de paz. II – os crimes previstos neste Código **e os previstos na legislação penal,** quando praticados" (grifo nosso). No intuito de ilustrar a modificação, caso o militar pratique o delito de porte ilegal de arma de fogo, de acordo com a Lei Nº 10.826/03 (Estatuto do desarmamento), no interior de uma

organização militar, será acionada a justiça militar, não mais a instância comum.

Outrossim, os delitos dolosos contra a vida – homicídio; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio e aborto –, quando praticados por militares no exercício da função castrense, não serão mais julgados pelo tribunal do júri em conformidade com a atual composição do parágrafo segundo do artigo em tela.

A presente alteração no diploma militar gerou algumas manifestações de doutrinadores. Silvio Albuquerque, Secretário-adjunto de Direitos Humanos, relatou na coluna do jornal O Globo que:

> Ampliar o alcance da jurisdição militar com a submissão de integrantes das Forças Armadas a tribunais militares por crimes dolosos contra a vida de civis em tempos de paz implica direta afronta aos parâmetros protetivos constitucionais e internacionais, em flagrante violação ao estado democrático de direito.

E o mesmo autor complementa o seu pensamento no sentido que a interpretação do Tribunal Americano está atrelada ao emprego limitado e atípico da justiça espartana, ou seja, apenas nos casos de infrações penais militares praticadas pelos combatentes no desempenho do trabalho. Tal posicionamento tem origem no ano de 1987 com o julgamento do processo Loaiza Tamayo contra o Peru, como também já foram condenados pelo mesmo fato os seguintes países: México, Colômbia, Chile, Venezuela, Equador, Nicarágua e República Dominicana.

O escritório para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e a CIDH criticaram a modificação normativa e o Amerigo Incalcaterra, representante para América do Sul do ACNUDH, expressou o seu pensamento "A justiça militar deve apenas julgar militares acusados de crimes de caráter exclusivamente militar ou infrações de disciplina militar". A ex-relatora especial sobre a Independência de Juízes e Advogados das Nações Unidas, Gabriela Knaul, também se manifestou de forma semelhante ao demonstrar inquietação com a mudança legislativa e defendeu o uso da justiça espartana exclusivamente para os desvios na caserna.

Cabe salientar, que o trabalho em questão não tem o intuito de abordar a constitucionalidade ou não da norma que propiciou a modificação realizada pelo legislador na codificação castrense. Mas, em fevereiro do ano de 2018, foi impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), Nº 5901, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) questionando a mudança normativa na legislação militar como também solicitou a suspensão da eficácia da Lei Nº 13.491/17 até o julgamento do mérito da ADI pelo Plenário do STF. O partido político alegou a retirada da soberania do tribunal do júri, a violação ao princípio da igualdade e a mitigação do devido processo legal.

Destarte, não há como negar os expressivos reflexos das alterações do inciso II, do art. 9º do Código Penal Militar, introduzidas pela Lei nº 13.491/2017, principalmente no âmbito do Justiça Militar da União. A constatação de validade em face de um preceito legal

dependerá de uma dupla avaliação de conformidade. Seja a compatibilidade tanto com o ordenamento constitucional, quanto com os atos internacionais ratificados ou aderidos que versam sobre direitos humanos (MOREIRA, 2015).

9 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do trabalho buscou possibilitar um real entendimento da composição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do seu prevalente instrumento normativo, o Pacto São José da Costa Rica. Além disso, foram analisados os dois órgãos que compõem o mecanismo americano com ênfase nas decisões da Corte IDH, o entendimento relacionado ao controle de convencionalidade e, por fim, o alargamento da competência do juízo castrense nacional, haja vista as alterações introduzidas pela Lei nº 13.491/2017 no Código Penal Militar.

De um modo geral, o tema abordado é bem atual visto que nos últimos anos houve um emprego considerável dos integrantes das forças armadas, em diversas cidades brasileiras e por motivos variados, conforme a previsão constitucional[8] em operações de garantia da lei e da ordem.

Constatou-se que o supracitado diploma legal, ao modificar o Código Penal Militar no que tange à competência da Justiça Militar da União é um legítimo retrocesso, pois vai de encontro ao posicionamento firmado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E, em sendo o Brasil signatário do Pacto de São José da Costa Rica, observar-se nitidamente a imposição de se constatar ou não a convencionalidade da Lei nº 13.491/2017.

Percebeu-se, ainda, que as críticas se devem especialmente ao fato de que o legislador, com a recente mudança, foi na contramão do que a doutrina e a jurisprudência americana preconizavam, quanto ao fato de que não basta ser crime de natureza militar, praticado por militar ou que preencha os requisitos do art. 9º do Código Penal Militar. Para ser julgado pela Justiça castrense é essencial a concreta ofensa do dever militar ou a afetação direta de bens jurídicos das forças armadas ou, ainda, tratar- se de situação de interesse militar.

Em face do exposto, a alteração legislativa que ocasionou a ampliação da competência jurisdicional militar ao investigar, julgar e condenar os agentes militares da União, pela execução de delitos comuns, não é compatível com a jurisprudência da Corte IDH. Assim, a Lei Nº 13.491/17 deve ser declarada inconvencional, conforme o arcabouço jurídico internacional americano, na primeira oportunidade, pelos membros do poder judiciário pátrio, sob pena de uma futura responsabilização internacional do Brasil.

---

8 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, **da lei e da ordem.** (grifo nosso)

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Silvio. Direitos Humanos e Jurisdição Militar. *In:* Jornal o Globo, RJ. Disponível em: http://oglobo.globo.com/opiniao/direitos-humanos-jurisdicao- militar-19755668. Acesso em: 22 nov. 2021.

Boletim de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos Nº 2. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei 1.001, 21 de outubro de 1969.* Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto 678, 06 de novembro de 1992.* Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto 4.463, 08 de novembro de 2002.* Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.* Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.* Altera o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI Nº 5901,* do PSOL, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/549414487/adi- questiona-competencia-da-justica-militar-para-julgar-integrantes-das-forcas-armadas- no-caso-da-morte-de-civis. Acesso em: 22 nov. 2021.

Conselho Nacional de Justiça. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos* 2014. Direito à Vida, Anistia e Direito à Verdade. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp- content/uploads/2016/09/f3c02a70c7442459b17ca9684b2e7946.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

GOMES, Luís Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos.* 3. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.* Rio Grande do Norte: EDUFRN, 2015.

NAÇOES UNIDAS DO BRASIL. *Notícias do Brasil 2017.* Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/77905-onu-critica-projeto-de-lei-que-amplia-jurisdicao-de- tribunais-militares-no-brasil. Acesso em: 22 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos.*10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado: incluindo noções de direito humanos e de direito comunitário.*11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CAPÍTULO 2

DIREITO E COLONIALISMO: A DESCOLONIZAÇÃO JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL

Data de aceite: 01/04/2022
Data de submissão: 18/02/2022

Diogo Pinto Mendes Carlos
Graduando em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP
Jacarezinho-PR
http://lattes.cnpq.br/7648311370279051

João Pedro Felipe Godoi
Graduando em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP
Jacarezinho-PR
http://lattes.cnpq.br/6354771905163137

Matheus Conde Pires
Doutorando em direito pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" – UNESP
Franca-SP
http://lattes.cnpq.br/8199797660125714

Pedro Henrique de Moraes Ribeiro
Instituição Toledo de Ensino – ITE
Bauru-SP
http://lattes.cnpq.br/8232638332357559

RESUMO: A presente pesquisa possui como principal foco abordar se o Constitucionalismo Plurinacional, representado pelas constituições da Bolívia e do Equador, logrou promover uma descolonização jurídica. O objetivo geral é analisar em que medida o constitucionalismo plurinacional rompeu com as bases do direito moderno. Para tanto, foram definidos os seguintes objetivos específicos: analisar como se deu o processo colonizador; estudar as bases nas quais o direito e o Estado Moderno foram fundados, sobretudo com relação ao chamado "monismo jurídico"; e, por fim, imergir nas constituições plurinacionais. A temática abordada veste-se de manifesta relevância e atualidade, na medida em que o fenômeno do constitucionalismo plurinacional está em plena atividade, sendo um tema central para os estudiosos do direito constitucional, especialmente do constitucionalismo latino-americano. O método utilizado é o dedutivo, de sorte que se utilizou uma cadeia lógica decrescente, partindo-se de noções e análises gerais, para análises específicas. A partir da bibliografia levantada, chegou-se à conclusão de que não há o que se falar em descolonização jurídica por parte das constituições plurinacionais, impondo-se grande dificuldade em se concretizar os ideários constitucionalmente positivados, de modo a haver um grande caminho ainda a ser seguido.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Latino-Americano. Constitucionalismo Plurinacional. Descolonização Jurídica.

LAW AND COLONIALISM: LEGAL DECOLONIZATION IN PLURINATIONAL CONSTITUCIONALISM

ABSTRACT: The present one has as main focus the study of the Plurinational Constitution and Ecuador, by constitutions of Bolivia and the approach, managed to promote a decolonization. The general objective that is imposed is to analyze to what extent plurinational constitutionalism with the bases of Law and the Modern State. For, the

following objectives were determined: to analyze to study the bases on which the law and the Modern State were founded, especially in relation to the so-called “legal monism”; and, finally, to immerse in plurinational constitutions;. The theme addressed on the current approach, insofar as the plurinational constitutional phenomenon is in full swing, being a central theme for the analysis of constitutional law, especially for Latin American constitutionalism. The method used is used, so that a logical chain of analysis is used in an Indo-sectoral and non-increasing, partial-increasing way. From the bibliography surveyed, the conclusion was reached that there is no legal decolonization on the part of plurinational constitutions, imposing great difficulty in realizing the constitutional ideals, so that there is a great one still to be followed.
KEYWORDS: Latin American Constitutionalism. Plurinational Constitutionalism. Legal Decolonization.

1 I INTRODUÇÃO

A história da América Latina é marcada por uma amálgama de fatores, que serão determinantes para o seu destino. O processo de colonização fincou um marco fundamental, representando um ponto de inflexão que eclodirá em suas desfortunas históricas, assim como estabeleceu as bases da racionalidade latino-americana, bases estas gestadas no continente europeu, inverossímeis à realidade empírica da região.

Tal influência, contudo, não se esgota a partir dos movimentos de emancipação política regional. Em que pese uma independência política e formal ser alcançada, as implicações sociais e culturais da colonização se farão presente sobre os incipientes Estados latino-americanos, que, junto com os ordenamentos jurídicos, por meio do chamado “monismo jurídico”, legitimarão uma história de exclusão e encobrimento de grande parcela da população, permanecendo-se o *status quo* inaugurado pelas metrópoles colonizadoras.

Ante tal fato, emerge ao fim do século XX mobilizações que visavam contestar esse estado de coisas imperante, de sorte que o direito constitucional se tornou um campo fundamental para que os anseios de refundação dos ordenamentos jurídicos se aglutinassem, a partir de reivindicações capitaneadas pelos grupos populares historicamente alijados do pacto social da América Latina, especialmente os indígenas.

Tal fenômeno alvorece a partir das constituições colombiana de 1991 e venezuelana de 1999. No entanto, são as constituições equatoriana de 2008 e boliviana de 2009 que serão mais ambiciosas e transformadoras em relação ao direito moderno, visando romper com suas bases legitimadoras, dando ensejo ao chamado ciclo do “constitucionalismo plurinacional”.

Nessa esteira, impõe-se a justificativa e relevância da presente pesquisa, de modo que visa responder a seguinte problemática: O Constitucionalismo Plurinacional rompeu com as bases do direito moderno?

Por meio do método dedutivo, a presente pesquisa tem por escopo analisar as transformações acarretadas a partir das constituições equatorianas e bolivianas, especialmente quanto ao “pluralismo jurídico”, abordando as rupturas e as continuidades

vislumbradas.

2 | A COLONIZAÇÃO LATINO-AMERICANA

O início da colonização do continente americano data do fim do século XV, a partir da chegada de Cristóvão Colombo em terras ameríndias no ano de 1492, fato transformador das desventuras da região. O referido período era marcado por um incipiente processo de transformação de uma lógica econômica emergente no continente europeu: o capitalismo, cujo desenvolvimento não teria se concretizado sem as riquezas retiradas do continente americano, asiático e africano, de acordo com José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p.25). O autor define como uma "invasão" a chegada de Colombo no território americano, o qual encontrava-se imensamente povoado com civilizações que guardavam alto grau de complexidade (MAGALHÃES, 2012, p. 25), possuindo "cultura, língua e religião próprias"(SIMÕES,2017, p.97).

Havia na região um profundo conjunto de saberes técnicos advindos de diversos ramos do conhecimento humano, denotando a complexidade das civilizações com as quais se depararam os europeus invasores, que desconheciam completamente o continente americano, havendo um verdadeiro encontro de "dois mundos", em que a estranheza com o outro imperava (SIMÕES, 2017, p.99).

Contudo, o processo de colonização foi marcado por uma intensa desconsideração de tais produções pelos europeus, que retratavam os grupos nativos como "seres selvagens, exóticos, diferentes, inferiores a nós" (SIMÕES, 2017, p.100), demonstrando a superficialidade dos colonizadores, que não compreendiam a existência de uma sapiência diversa da produzida em terras europeias.

Concomitante a esse período, ante o alvorecer do modo de produção capitalista na Europa, emerge uma dinâmica de uniformização de valores e instituições no mundo, que dão ensejo às formações dos Estados Nacionais. José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p.26) entende que o fenômeno da colonização física e militar é sucedido por uma dominação ideológica, em que "a Europa será mostrada para todos como o padrão a ser seguido". Logo após, o citado autor argumenta que ela "é posta como a civilização mais avançada, mais bem-acabada e, portanto, destino natural de todos que conseguirem evoluir (2012, p.26)".

É em harmonia com o disposto que se impõe o processo de dominação europeia na América Latina, por meio de um *modus operandi* marcado pela violência física e moral. A primeira se impôs mediante a escravização e o extermínio dos povos ameríndios, cuja demografia sofre relevante queda, e em certos grupos até mesmo extinção, como discorre Débora Ferrazzo (2015, p.40). Por outro lado, a violência moral se manifestava pelo processo de ofuscamento da cultura nativa, que de acordo com a mencionada autora (FERRAZZO, 2015, p.19) sucumbia ante a imposição dos valores ontológicos da civilização

europeia. Na medida em que a conquista avançava e se consolidava, tais violências eram acompanhadas de um processo de exclusão dos direitos dos povos indígenas na formação do modelo de sociedade colonial, havendo uma manifesta demarcação "entre eles e os europeus e seus descendentes"(SIMÕES, p.105, 2017), acarretando uma relevante marginalização dos grupos que não se inseriam no pacto sociopolítico colonial.

E é essa racionalidade de cunho eurocêntrico que vai perseguir todas as relações e produções sociais desenvolvidas na região, de modo preponderante também nos processos de independência emergidos no século XIX. Boaventura de Souza Santos (2010, p.14) argumenta sobre a existência de uma notável tradição crítica que corrobora com tal entendimento, vislumbrando-se que os processos históricos que deram ensejo ao fim da colonização eram permeados por um patrimonialismo e colonialismo interno.

Assim, a colonização ideológica não se esgotou com os movimentos de independência, permanecendo ativa em todo o desenvolvimento das nações latino-americanas, por meio de uma "gramática social muito vasta que atravessa as sociabilidades, o espaço público e privado, a cultura, as mentalidades e subjetividades" (SANTOS, 2010, p.15). A história do sistema jurídico latino-americano implantado e modulado desde o século XV, teve por escopo a sustentação e consolidação do desenvolvimento do capitalismo eurocentrado, de tal sorte que todas as relações desenvolvidas entre os europeus e os grupos autóctones eram instrumentalizadas para a manutenção do colonialismo (FERRAZZO, 2015, p.93).

Conforme discorre Antônio Carlos Wolkmer (2010, p.4), a cultura jurídica latino-americana foi substancialmente pautada pelo padrão eurocêntrico de matriz romano-germância, não se limitando às noções jurídicas generalizantes, eclodindo também em construções formais de direito público, sobretudo constitucional. Além da cultura jurídica imposta durante o período colonial pela metrópole, destaca-se também que as instituições jurídicas florescidas posteriormente ao referido período como os tribunais, códigos e constituições são derivados da tradição europeia (WOLKMER, 2010, p.4).

Débora Ferrazzo (2015, p.85), argumentando sobre o papel desempenhado pelo direito nas questões que envolvem a colonização, diz que o discurso jurídico cumpre uma função colonizadora, em face de uma naturalização e justificação da negação, ocultação e opressão dos grupos originários. Prossegue afirmando que o

> [...] discurso jurídico contribui para a perpetuação da colonialidade, pois somente aceita como fundamento de ser, saber ou fazer, as construções jurídico-políticas compatíveis com as necessidades do sistema capitalista e com a primazia do euro-norte-americano (FERRAZZO, 2015, p.86).

As tradições culturais jurídicas na América Latina, bem como suas derivações institucionais, são lastreadas pelo pensamento colonial e por uma dependência ao modelo eurocêntrico. Contudo, esse estado de coisas será questionado ao fim do século XX, como se verá adiante.

3 I O MONISMO JURÍDICO

A produção do saber eurocêntrica possui como fundamental vetor uma tendência homogeneizante e monista. O Estado moderno tem por principais características um processo de padronização dos diversos ramos sociais possíveis, cabendo destacar a cultura, os comportamentos e o direito (SIMÕES, 2017, p. 68). Débora Ferrazzo (2015, p.108) aduz a respeito da necessidade de uma aproximação entre constitucionalismo e Estado, desembocando de certo modo em uma indissociablidade entre ambos. O primeiro representa a legalização do exercício do poder em face do segundo, que por seu turno possui o monopólio de dizer o direito. Desse modo, a constituição representa um marco fundamental na concentração jurídica-política, rompendo assim com o pluralismo imperante na idade média, dando ensejo ao culturalismo monista que irá marcar toda a modernidade (FERRAZZO, 2015, p.108).

Em que pese a heterogeneidade ética e cultural que se manifestava na América Latina pelos povos originários, é essa lógica uniformizante que permeará a modulação dos ordenamentos jurídicos pós-coloniais na região, por meio de um monoculturalismo de cunho eurocêntrico. O desenvolvimento do Estado e do constitucionalismo moderno reflete uma fulcral influência de uma ontologia europeia, derivada de suas experiências e devires históricos, manifestados por um monismo jurídico materializado na figura de um Estado centralizador e uniformizador. Em função do

> [...] do êxito desta racionalidade euro-antropocêntrica, Estado e Constituição monistas, liberais, abstratos e individualistas, se converteram nos cânones jurídico-políticos hegemônicos no ocidente, inclusive em todo o continente latino-americano, onde, por séculos, foram incorporados sem questionamento ou ajustes, não obstante as gritantes diferenças entre América Latina e Europa / América do Norte. (FERRAZZO, 2015, p.118)

Desse modo, a produção jurídica representa uma “consequência do advento do que foi concebido como Modernidade, em que a Europa é elevada ao status de centro da história mundial” (SILVA JÚNIOR, 2013, p.316). O princípio europeu do monismo jurídico passa a configurar os novos estados, ou seja, vislumbra-se somente um único sistema jurídico no interior dos mesmos, por meio de um único ordenamento a todos os seus integrantes. A pluralidade jurídica, que por sua vez concede a possibilidade de coexistirem diversos sistemas normativos no mesmo território, é inadmissível (FAJARDO, 2011, p.139). Sobre o monismo jurídico, conceitua Raquel Z. Yrigoyen Fajardo:

> [...] el monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria (para hombres blancos, propietarios e ilustrados) fueron la columna vertebral del horizonte del constitucionalismo liberal del siglo XIX en Latinoamérica. Un constitucionalismo importado por las elites criollas para configurar estados a su imagen y semejanza, con exclusión de los pueblos originarios, los afrodescendientes, las mujeres y las mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena (FAJARDO, 2011, P. 140).

De acordo com Médidci (2013, p.257), a sistematização de exclusões e emudecimentos dos crioulos, mestiços, nativos, afro-americanos e mulheres será lastreada pelo ordenamento jurídico latino-americano, diante da não inserção dos mesmos no novo pacto político e econômico. O Estado pós-colonial somente se atentará a esses grupos por meio da violência. Serão lembrados unicamente no que tange à imposição militar obrigatória, presunção de vadiagem, expulsão de terras tradicionais e ancestrais e marginalização de suas formas de satisfação das necessidades materiais da comunidade. A sua relação com os florescentes estados se restringirá a uma dinâmica impositiva e opressiva, acompanhada por um processo de expansão da propriedade privada e da produção exportadora para o mercado internacional. A esses grupos, a noção de direito e cidadania preconizado pelo ideário moderno estará fora do horizonte fático.

Na década de 1990, as organizações indígenas que se encontravam no centro das tensões e lutas na sociedade, passaram a adentrar o cenário político propriamente dito nos Estados latino-americanos. Consigo, levaram as bandeiras e reivindicações que se instalaram no devir histórico dos grupos originários, excluídos do processo de formação dos Estados-Nacionais, demandando suas "próprias formas e modos de organização, além de introduzirem reivindicações sobre o território, o respeito a sua cultura e língua e a capacidade de se autogovernarem" (PRÉCOMA; FERREIRA. 2017, p.09).

Para Lucas Machado Fagundes (2013, p.160), há uma insurreição dos grupos historicamente oprimidos e encobertos, que perseguem uma reparação de injustiças e uma remodelação da sociedade do futuro, denotando um movimento de acerto de contas com o passado. Por meio desse fenômeno, o conceito e modelo de constituição que imperava historicamente na região são colocados no divã, de modo a fazer com que o constitucionalismo adentrasse no âmago da tensão pública em ebulição.

De acordo com Roberto Viciano Pastor e Rúben Martinez Dalmau (2019, p.340), surge na região um novo constitucionalismo, inaugurado ao final do século XX, a partir da eclosão de algumas constituições latino-americanas, sendo elas: a Constituição colombiana de 1991 e a venezuelana de 1999. Tais constituições representaram uma vanguarda democrática, abrindo precedentes para demais mudanças constitucionais na América Latina, tais como vislumbrou-se no Equador, em 2008 e na Bolívia, em 2009. E são essas últimas, as constituições que mais assentaram mudanças e transformações no pacto institucional que vigorava até então.

4 I O CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL

Para Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (2011, p. 149), as constituições equatoriana e boliviana se inserem no denominado ciclo do constitucionalismo plurinacional. Tais constituições propõem refundar o direito a partir do explícito reconhecimento das raízes milenares dos povos indígenas, que foram sistematicamente ignorados pela fundação

republicana. Dessa forma, os direitos dos povos indígenas não são reconhecidos por um Estado estrangeiro, e sim os próprios indígenas se apresentam como atores centrais constituintes. Prossegue a autora afirmando:

> [...] buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia (FAJARDO, 2011, p.149).

As constituições boliviana e equatoriana se inserem de maneira explícita em um projeto descolonizador, bem como afirmam como base fundante do direito pátrio o pluralismo jurídico, a interculturalidade e a dignidade dos povos e culturas (FAJARDO, 2011, p.149-150). Em contraposição ao ideário moderno monista, centralizador e uniformizante, a racionalidade fundante do Constitucionalismo Plurinacional persegue a valorização do pluralismo e da diversidade em todos os seus segmentos possíveis, característica marcante da América Latina.

Para que se institucionalize um constitucionalismo plurinacional, tem-se a necessidade de um engajamento profundamente intercultural, em um processo dialógico, aberto à comunicação e permanentemente deliberativo, buscando compreender os diferentes, pois apenas desse modo tal constitucionalismo torna-se apto a romper com as bases do direito moderno (MAGALHÃES, 2012, p.107).

Conforme compreende Antônio Carlos Wolkmer (2011, p. 238), de modo antagônico às noções unitárias, homogêneas e centralizadoras refletidas pelo "monismo", a concepção do pluralismo representa a existência de mais de uma realidade, de uma pluralidade de formas práticas de ação, e de uma heterogeneidade de nichos sociais com singularidades próprias, de sorte que "envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si". Sob uma acepção filosófica, o pluralismo confronta o "unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos".

O fundamento do pluralismo não se insere apenas na temática atinente à diversidade cultural, mas especialmente no reconhecimento dos povos indígenas e nativos a sua livre determinação. Assim, vislumbra-se um expresso reconhecimento de funções jurisdicionais indígenas não contempladas pelas antigas constituições. Consoante apontado por Lilian C. B. Gomes e Carlos E. Marques (2017, p.239) sobre o caso equatoriano, tem-se um desenho institucional que valoriza a pluralidade, as lutas emancipatórias, a diversidade, o combate à desigualdade, bem como a inclusão das diferenças em vez de uma assimilação, reconhecendo assim os direitos coletivos. Tal reconhecimento se impõe pelo horizonte de aceitação da autonomia territorial indígena, as suas "cosmologias, cosmogonias e cosmografias não como um rompimento da equação liberal um estado = um povo = uma língua, mas sim como partes da união maior denominada Equador".

Contudo, adentrando no campo material, nota-se que certas questões, em

que pese anseiem romper com o direito moderno, permanecem alicerçadas sob este. Sandro Nery Simões (2017, p.204) aponta que o pluralismo jurídico mesmo não logrou romper com o padrão jurídico ordinário, restando ainda configurada a sua centralidade. Prossegue afirmando que a Justiça indígena possui ligações com o Estado, impondo-se a necessidade de um reconhecimento estatal da jurisdição indígena, para que a mesma obtenha sua legitimidade e efetividade. Na Bolívia, é imprescindível a sua submissão ao Tribunal Constitucional Plurinacional, da mesma forma no Equador, à Corte Constitucional, ambos no que tange quaisquer violações de direitos e garantias fundamentais inscritos na constituição e em tratados de direitos humanos assimilados pelos citados países. A dependência também se faz presente em cumprimentos de decisão, haja vista em certos casos a justiça indígena ter de solicitar aos órgãos do Estado para que obriguem a parte contrária à justiça indígena a cumprir decisão que lhe foi determinada (SIMÕES, 2017, p.214), notando-se então, a impossibilidade da própria justiça indígena fazê-lo.

A Lei de Deslinde Jurisdicional boliviana, que regulamenta o campo de vigência da jurisdição indígena em relação à ordinária, tem-se no artigo 10, a vedação à tal jurisdição deliberar sobre certas matérias, como crimes que envolvam o Direito Internacional, tráfico de armas e de pessoas, processos civis em que o Estado figure como parte direta ou terceiro interessado na lide, bem como temas atinentes ao campo florestal e laboral (SIMÕES, 2017, p.205). A justiça indígena originária sofreu diversas limitações constitucionais e legais, de tal sorte que a justiça ordinária mostra-se predominante na prática.

5 I CONCLUSÃO

Após uma história jurídica e estatal de exclusão e encobrimento de grande parcela da população latino-americana, ao fim do século XX tais grupos marginalizados passam a se agrupar e a se organizar, invocando mudanças e transformações, sendo o direito constitucional o grande centro de aglutinação dessas demandas.

Consoante apresentado, em que pese o vanguardismo presente nas constituições colombiana de 1991 e venezuelana de 1999, será no Equador em 2008, e na Bolívia em 2009, que se vislumbrarão revolucionários anseios institucionais de ruptura com a ordem jurídico-institucional anterior, fundada sob a racionalidade eurocêntrica moderna de Estado e de direito, e vestida de noções homogeneizantes, centralizadoras e excludentes.

Emerge então o chamado "constitucionalismo plurinacional", que sobretudo persegue uma descolonização jurídica, buscando modular o direito à imagem e semelhança de uma realidade marcada pelo pluralismo étnico e cultural. Os direitos relativos aos povos indígenas se impõem de modo central no horizonte fático institucional, passando-se a reconhecer, dentre outros direitos, a livre determinação, autonomia, valorização cultural e o pluralismo jurídico, ante a existência de uma jurisdição indígena.

Todavia, embora sejam notórias as transformações avistadas, ao trazer-se o enfoque

ao plano concreto, tem-se que tais constituições ainda não efetivaram um rompimento completo com as bases do direito moderno

A jurisdição indígena permanece atrelada aos Estados equatoriano e boliviano, subordinando-se em alguns casos à tutela da Corte Constitucional e do Tribunal Constitucional Plurinacional, respectivamente, sendo que no caso boliviano em especial, a Lei de Deslinde Nacional prevê uma gama de restrições à jurisdição indígena, de modo que na prática, a justiça ordinária prepondera.

Assim, em que pese a "pouca idade" do constitucionalismo plurinacional, vislumbra-se de um lado uma gama inovações jurídicas no que concerne a problemática indígena e pluralista, em oposição ao direito moderno excludente e uniformizador que imperava outrora. Contudo, por outro lado, subsistem resquícios deste, denotando um longo caminho a ser percorrido para sua efetiva superação.

REFERÊNCIAS

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões histórico-jurídicas e antropológicas: a necessidade de refundar o Estado a partir dos sujeitos negados. Termo i*n*: WOLKMER, Antonio Carlos (org); CORREAS, Oscar (org**). Crítica jurídica na América Latina** Aguascalientes : CENEJUS, 2013.

FERRAZZO, Débora. **Pluralismo Jurídico e descolonização constitucional na América Latina**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p.464. 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133231/333654.pdf. Acesso em: 27/05/2021.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. Termo *in*: GARAVITO, César Rodríguez (org). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível em: http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/el_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista_yrigoyen.pdf. Acesso em: 27/05/2021.

GOMES, Lilian C.B.; Marques, Carlos E. Comunidades tradicionais afrodescendentes e o novo constitucionalismo latino-americano: estudo comparativo Brasil, Colômbia e Equador. Termo in: AVRITZER, Leonardo (org); GOMES, Lilian Cristina Bernardo (org); MORONA, Marjorie Corrêa (org); DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho (org). **O constitucionalismo latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

MEDICI, Alejandro. Nuevo Constitucionalismo y filosofia política: la necessidade de um pensamento situado para refundar nuestras bases constitucionales. Termo i*n*: WOLKMER, Antonio Carlos (org); CORREAS, Oscar (org**). Crítica jurídica na América Latina** Aguascalientes : CENEJUS, 2013.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rúben Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.9, n.2, p.333-340, agosto, 2019. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/6079/pdf. Acesso em: 27/05/2021.

PRÉCOMA, Adriele Fernanda Andrade; FERREIRA, Heline Sivini. **Do Estado Nação ao Estado Plurinacional: uma análise a partir das constituições da Bolívia e do Equador**. Revista Direito e Liberdade. Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, n.3, v.19, p. 13-42, set./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.03.01.pdf. Acesso em: 30/05/2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevidéu: Trilce, 2010. Disponível em: https://periferiaactiva.files.wordpress.com/2018/03/descolonizar-el-saber_final-de-souza-santos.pdf. Acesso em: 27/05/2021.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. **O pluralismo jurídico transformador latino-americano frente à incapacidade institucional e do moderno Estado de Direito.** Termo i*n*: WOLKMER, Antonio Carlos (org); CORREAS, Oscar (org**). Crítica jurídica na América Latina** Aguascalientes : CENEJUS, 2013.

SIMÕES, Sandro Nery. **Estado moderno e constitucionalismo plurinacional andino**. Curitiba: Juruá, 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. *In*: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. 9., 2010. Curitiba. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba: ABDConst., 2011.p.143-155. Disponível em: http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf. Acesso em: 27/05/2021.

WOLKMER, Antonio Carlos**. Pluralismo Jurídico: o espaço de práticas sociais participativas**. 1992. 295f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da UFSC. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/30386501.pdf. Acesso em: 27/05/2021.

CAPÍTULO 3

SOBERANIA POPULAR E A CRISE REPRESENTATIVA: UMA ANÁLISE DA INEFICÁCIA DO SISTEMA ELEITORAL BASEADO NO SISTEMA PROPORCIONAL E NOS PARTIDOS POLÍTICOS

Data de aceite: 01/04/2022

Alessandra Almeida Barros
Mestranda em Ciências Criminológico - Forense pela Universidad de la Empresa - UDE - Montevidéu (Uruguay). Possui Pós-Graduação em Direito Penal pela FAFIC. Pós-Graduanda em Prática Penal Avançada pela Damásio. Possui graduação em Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela FAFIC

Anastácia Borges Bento
Advogada inscrita na OAB/PB n° 24.292, Professora do curso de Direito das faculdades Integradas do Ceará- UNIFIC

José Augusto de Castro Neto
Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Curso Sentido Único. Integrante do corpo jurídico do Sindicato APEOC. Vice-presidente da Comissão de Direito Sindical da OAB

José Inácio Lopes Lima
Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR, Mestre em Letras, Advogado Criminalista

Larisse Leite Albuquerque
Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras- FAFIC, Advogada OAB/CE 33.869

Lohana Giafony Freitas de Luna
Advogada e Professora. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFOR

Simony Maria da Silva Costa
- Bacharelado em Serviço Social. Pós graduação em Política Pública. Pós graduação em Gestão do SUAS Sistema Único de Assistência Social

RESUMO: A conquista dos direitos fundamentais no Brasil se deu ao longo dos anos, se antes o que se tinha era um Estado de Direito, ou seja, as normas estavam positivadas no ordenamento jurídico, garantidas formalmente, hoje se tem um Estado Democrático de Direito, em que as normas possuem real eficácia. Dentro desse contexto, entram os direitos políticos e a soberania popular como fundamento da República Federativa do Brasil, entretanto, a pergunta que se faz é: diante da atual crise, ainda vigora a soberania popular e a democracia? Os representantes estão fazendo as vezes de um Estado Democrático? O objetivo do presente estudo é analisar os conceitos de soberania popular e Estado Democrático de Direito face a atual crise de direito, de forma a averiguar se o papel dos partidos políticos está sendo cumprido, principalmente diante da crise do Direito que está sendo experimentada, discutir também a ineficácia do sistema eleitoral e suas implicações para a sociedade, de forma a verificar quais soluções seriam possíveis para tal problemática. Será aplicado o método dedutivo, que terá cunho qualitativo e explicativo, tendo em

vista a finalidade de proporcionar ao leitor a compreensão do fenômeno estudado. A pesquisa será bibliográfica na área de Ciência Política, Direito Constitucional e Direito Eleitoral, através de artigos científicos e notícias pertinentes ao tema.
PALAVRAS-CHAVE: Crise. Democracia Soberania. Sistema Eleitoral.

POPULAR SOVEREIGNTY AND THE REPRESENTATIVE CRISIS: AN ANALYSIS OF THE INEFFECTIVENESS OF THE ELECTORAL SYSTEM BASED ON THE PROPORTIONAL SYSTEM AND POLITICAL PARTIES

ABSTRACT: The conquest of fundamental rights in Brazil took place over the years, if what we had before was a rule of law, that is, the rules were positive in the legal system, formally guaranteed, today there is a Democratic State of Law, in which the rules have real effectiveness. Within this context, political rights and popular sovereignty come into play as the foundation of the Federative Republic of Brazil, however, the question is: in the face of the current crisis, does popular sovereignty and democracy still apply? Are the representatives acting as a Democratic State? The objective of this study is to analyze the concepts of popular sovereignty and Democratic Rule of Law in the face of the current crisis of law, in order to ascertain whether the role of political parties is being fulfilled, especially in the face of the crisis of Law that is being experienced, also discuss the ineffectiveness of the electoral system and its implications for society, in order to verify what solutions would be possible for such problem. The deductive method will be applied, which will have a qualitative and explanatory nature, in view of the purpose of providing the reader with an understanding of the phenomenon studied. The research will be bibliographic in the area of Political Science, Constitutional Law and Electoral Law, through scientific articles and news relevant to the topic.
KEYWORDS: Crisis. Sovereign Democracy. Electoral System.

1 | INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana, dela não podendo se desvincular, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. São definidos como tal por estarem consagrados, positivados no nosso ordenamento jurídico, de modo a embasá-lo. A conquista dos direitos fundamentais no Brasil se deu ao longo dos anos, se antes o que se tinha era um Estado de Direito, ou seja, as normas estavam positivadas no ordenamento jurídico, garantidas formalmente, hoje se tem um Estado Democrático de Direito, em que as normas possuem real eficácia. Dentro desse contexto, entram os direitos políticos e a soberania popular como fundamento da República Federativa do Brasil.

Os direitos políticos são considerados direitos fundamentais, estando positivados na Constituição Federal de 1988 previsto nos artigos 14 a 16; percebe-se que à medida em que as constituições foram evoluindo, estes direitos foram cada vez mais se aperfeiçoando. Os direitos políticos podem ser então considerados como aqueles que dão direito à soberania popular, à participação do cidadão na vida política, nas decisões do Estado. Entretanto,

para tal direito ter real eficácia, ele depende de outros, como o direito à educação, à liberdade, etc.

A soberania popular é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e será exercida justamente pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. O sufrágio universal é considerado o direito de participar em si do processo eleitoral, seja votando, seja se candidatando, já o voto é o modo como se exerce esse sufrágio, ela é exercida também, além de escolher os candidatos, pelo plebiscito, referendo e a soberania popular. Ao adentrar aos direitos políticos há que se falar também no alistamento eleitoral e as hipóteses em que ele é facultativo e em que é proibido, além de tratar ainda das condições de inelegibilidade.

Aos direitos políticos é proibida a sua cassação, porém poderá haver a perda e a suspensão nas hipóteses previstas na própria CF.

Nesta seara entra então os partidos políticos, previsto no art. 17 da CF também como um direito fundamental, em que se afirma ser livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, observados, por exemplo, o preceito de caráter nacional. Os partidos políticos cumprem uma função social extremamente importante, pois possibilita aos eleitores conhecer as opções políticas possíveis e de como seriam realizadas, porém o alto número de criação de partidos políticos vem modificando essa ideia, além de haver severas críticas quanto ao sistema proporcional utilizado para eleger os cargos do Poder Legislativo, porque inviabiliza a representatividade tão falada no Estado Democrático de Direito.

Desse modo, é relevante analisar se há eficácia do sistema eleitoral baseado no sistema proporcional e na criação ilimitada de partidos políticos.

2 I DESENVOLVIMENTO

O sufrágio universal é um direito fundamental garantido pela Constituição de 1988, por causa dele, é reconhecido ao povo participar da soberania, da gerência pública, é uma garantia democrática de que realmente se está fazendo a vontade da maioria. Mas não se olvide que um Estado Democrático de Direito não pode atender apenas os interesses da maioria, mas também das minorias, que geralmente são as que mais se encontram em situação de desigualdade.

Sendo assim, a Constituição de 1988 (CF), trouxe modificações no sistema eleitoral brasileiro, principalmente com a inserção de eleitores antes excluídos, o processo eleitoral passou a ser mais capaz de atender à democracia. Sob o regime democrático representativo, ele é organizado por partidos políticos, o modo como se organizam está disposto na CF e no Código Eleitoral, o nosso sistema adota o pluripartidarismo, vez que vários partidos podem disputar.

Entretanto, a questão que se insere é a seguinte: até que ponto o sistema eleitoral garante a democracia? Até que ponto o pluripartidarismo pode ser benéfico em um Estado Democrático de Direito? O conceito até então analisado de soberania não estaria deturpado?

Essas são perguntas que devem ser analisadas de acordo com o contexto histórico do país, o que antes poderia ser entendido como uma conquista, pode agora estar violada, como vai se perceber ao longo do trabalho.

Os partidos políticos representam ideologias, e convicções políticas existentes na sociedade, seus filiados são cidadãos adeptos a essa corrente de pensamento. Atualmente, há 30 partidos políticos existentes no Brasil devidamente registrados no TSE, no entanto há quase cem partidos em processo de formação, recolhendo assinaturas de eleitores que o apoiem.

Sabe-se que todos devem ter caráter nacional, o que é comprovado através de apoiamento mínimo de eleitores não filiados a partidos políticos no total de, pelo menos, 0,5% dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos. Essas assinaturas devem estar distribuídas por um terço, ou mais, dos estados, com um mínimo de 0,1% do eleitorado que haja votado em cada um deles.

Entretanto, será que realmente existem tantas ideologias? Tantos partidos políticos na verdade não estão enfraquecendo o combalido sistema político brasileiro? Estes são questionamentos importantes de se fazer para analisar de que modo a democracia pode ser mais efetiva em um país tão grande e com tanta diversidade cultural.

Tratar sobre sistemas eleitorais é trazer à tona uma temática de interesse nacional, tendo em vista ter esse ramo do direito baseado em direitos fundamentais. A constituição federal de 1988 foi promulgada, ou seja, feita pelos representantes do povo, diferentemente da outorgada, que é imposta ao povo pelo governante, ou seja, foi respeitada a soberania popular. Durante todos esses anos, houve uma grande evolução dessa soberania, da democracia em si, pois no período ditatorial, a título de exemplo, o Brasil tinha apenas dois partidos legais, outros existiam na clandestinidade.

Entretanto, ao passar dos anos, percebe-se que a quantidade de partidos exacerbada mitigou o acesso à democracia, muitos dispõem da mesma representação ideológica e são originados muitas vezes com interesse apenas no fundo partidário ou para defender determinadas bandeiras. Diante do exposto, indaga-se: não seria viável do ponto de vista jurídico e político limitar a criação de partidos com base em requisitos objetivos que não inviabilizassem o respeito das minorias? Um sistema que inserisse o voto distrital não seria melhor para respeitar a vontade do povo? A representatividade não estaria viabilizada se houvesse a modificação do sistema proporcional para eleições de deputado e vereador?

Nesse sentido, essa pesquisa parte da hipótese de que a representatividade do Poder Legislativo e Executivo são de vital importância em uma democracia, de modo que

é necessário que se respeite a soberania popular e se viabilize os meios de se atingir uma sociedade que seja representada em todos os seus segmentos.

2.1 Breve histórico das constituições

Para adentrar ao tema é necessário fazer um breve histórico do que é a Constituição atual e de como foram as anteriores. A Constituição de 1988 ainda é relativamente nova, são pouco mais de trinta anos de existência, a primeira Constituição foi promulgada em 1824 e foi a pioneira no mundo a subjetivar e positivar os direitos do homem, alguns direitos individuais foram nelas consignados, como a liberdade de expressão. Já na Constituição de 1891, esta assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade da liberdade, segurança e propriedade.

A partir da Constituição de 1934 é que se consignou os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, apesar de não ter tipo tempo de ser efetiva, vez que vigorou por apenas três anos. Depois adveio a de 1946 e a de 1967, esta última, por sua vez, suspendeu direitos e garantias individuais, restringiu drasticamente a autonomia individual, e consequentemente, a liberdade de opinião e expressão. Mesmo após a promulgação dos direitos do homem e do cidadão na França de 1789, ainda não se reconhecia um caráter absoluto das constituições, eram tidas apenas como um documento opinativo. Justamente por isso, não bastava apenas a positivação dos direitos, mas algo que exigisse a efetivação deles.

Surgiu então a atual Constituição, que é fruto do pensamento pós-positivista, e traz em sua estrutura os direitos e partidos políticos, além dos direitos e garantias fundamentais do cidadão; ela representa o maior período democrático na história do país e trata-se de um verdadeiro marco histórico, recebe o nome de Constituição Cidadã pelo fato de a Assembleia Nacional Constituinte ter sido eleita pelo povo, através do voto e além disso, traduz em seu texto os reflexos e valores sociais dos cidadãos brasileiros.

2.2 Do sistema representativo e da soberania popular

O Estado Democrático de Direito é uma característica da Constituição de 1988, tal nome se dá pelo fato de que, agora em diante, os direitos não mais estão apenas positivados no ordenamento jurídico, exige-se sua real eficácia. Apesar disso, percebe-se ao longo dos anos, que muitos direitos ainda são violados, mas não se pode olvidar que a Constituição cidadã têm apenas trinta anos de existência; do ponto de vista histórico é relativamente nova, o que explicaria o porquê de haver ainda tantos descumprimentos e deturpações.

Desse modo, o Estado tem como organização o sistema representativo, o renomado doutrinador assim conceitua tal sistema:

> Dos franceses, foi Montesquieu sem dúvida o primeiro que apresentou na Europa a versão continental do sistema representativo, doutrinando que a

> maior vantagem dos representantes é que eles, em substituição do povo, são aptos a discutir os negócios. Dos eleitores, no entender de Montesquieu, bastava o representante trazer uma orientação geral. Nada de instruções particulares acerca de cada assunto, como se praticava nas dietas da Alemanha. (BONAVIDES, 2006, p. 220).

Depois da revolução francesa é que a doutrina do sistema representativo se aperfeiçoa (BONAVIDES, 2006), de modo a defender a absoluta independência política do representante. A soberania popular entra então como importante e intrínseco marco democrático, pois afasta a Constituição outorgada, que é aquela feita de modo arbitrário para favorecer os interesses de quem está no Poder, se origina como uma forma de controle democrático, é marcada pela vontade do povo, que elege os seus representantes para atuar em busca de seus interesses.

Para falar em soberania, não se pode descuidar do sufrágio universal, que significa o direito que todo cidadão tem de participar do processo eleitoral e das decisões políticas do país. No entanto, muitas vezes tal instituto é confundido com o direito de apenar votar (legitimidade ativa), mas implica também o direito de ser votado (legitimidade passiva), como também de participar da tomada de decisões, como no plebiscito e referendo.

Há que se falar ainda que esse direito ao sufrágio era muito mais limitado nos séculos anteriores, existia o sufrágio racial, na medida em que limitava índios e negros ao voto, os impedindo; sufrágio capacitário, em que só podia votar a pessoa que tivesse determinado nível intelectual; o censitário, que limitava o voto de acordo com a capacidade financeira do cidadão. Pode se falar ainda na proibição do sufrágio feminino, pois as mulheres só puderam participar das eleições a partir de 1932. É o que se chama de sufrágio restrito, e que nos países democráticos são proibidos. Todas essas questões então foram evoluindo para um processo eleitoral mais justo, em que não houvesse abuso de poder quando das eleições, até chegar ao sistema eleitoral vigente.

Um dos motivos pelos quais a CF representa um marco histórico é justamente por representar a soberania popular, vez que foi promulgada, ou seja, estabelecida por meio de processo democrático, fruto de uma assembleia compostas por representantes do povo. A própria Constituição preconiza:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
>
> I - plebiscito;
>
> II - referendo;
>
> III - iniciativa popular. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, importante destacar o conceito de soberania popular, que em consonância com Uadi Lammêgo Bulos ((2000, p. 423), “é uma qualidade máxima do poder extraída da soma dos atributos de cada membro da sociedade estatal, encarregado de escolher seus representantes no governo por meio do sufrágio universal e o voto direto,

secreto e igualitário”.

E para o exercício da soberania popular, é necessário que os direitos políticos sejam assegurados. Partindo desse pressuposto, os regimes democráticos podem ser divididos em três espécies (LENZA, 2012): democracia direta, representativa e a semidireta ou participativa, esta última é a adotada pelo nosso país. Na primeira, o povo exerce o poder sem intermediários, na segunda o povo elege representantes, para que governem o país, na terceira, há um sistema híbrido, que tem atributos da democracia direta e representativa.

Segundo também o doutrinador BONAVIDES (2010, p. 293) o sufrágio “é o poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania, isto é, na gerência da vida pública”. É através desse instituto que os cidadãos podem decidir o futuro do seu país. Percebe-se então que a Constituição brasileira de 1988 por si só trouxe modificações no sistema eleitoral que comprovam o que se diz até aqui, da revolução que ocasionou ao permitir os votos de mulheres, analfabetos e outros tantos excluídos, e ainda preceitua que o voto é direto (porque se está votando diretamente na pessoa candidata), secreto (pois tem o direito de sigilo), universal (pois a todos se estende, com algumas exceções) e obrigatório (todas as pessoas aptas devem votar).

Ainda segundo MORAES (2003, p.235), o direito de sufrágio é ‘’exercido por meio do direito do voto, ou seja, o direito de voto é o instrumento de exercício do direito de sufrágio’’.

Desse modo, cada titular, cada cidadão acaba tendo parte de uma fração da soberania, o sufrágio é a maneira pela qual se exercita a soberania popular.

2.3 Panorama histórico do sufrágio

O Sufrágio, assim entendido como a legitimidade de participar da vida política do país, antes era restrito, conforme dito anteriormente, ele começou a deixar de ser privilégio na Constituição Francesa de 1793. No Brasil, o voto surgiu em 1532, porém antes não era secreto, não havia cabine nem cédula oficial, sendo assim, outras modificações foram surgindo, tornando-o mais confiáveis. Após a atual constituição é que o voto passou por transformações gigantescas, passando a abranger todos os cidadãos.

Uma das formas de exercício do sufrágio é justamente o plebiscito e o referendo, segundo o próprio Alexandre de Moraes (2003), o primeiro quer dizer consulta feita previamente aos cidadãos sobre determinada decisão discutida posteriormente no Congresso Nacional; já o referendo é uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratifica-lo ou conceder eficácia. Há também a iniciativa popular de lei, em que os cidadãos podem deflagrar um processo legislativo atendendo a alguns requisitos, é o que preceitua a renomada Constituição de 1988:

> Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal

> Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
>
> **§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.** (BRASIL, 1988). (Grifo nosso).

Um exemplo de Iniciativa popular é a lei da ficha limpa, que criou mecanismos para combater a corrupção no país. Entendido tais institutos, é imperioso que se destaque que os países que tem o regime democrático representativo, tem como estrutura os partidos políticos (PP), vez que através destes é que os representantes poderão se candidatar para representar os interesses do povo. Tais partidos, no entanto, estão sujeitos a alguns requisitos para a sua criação.

> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
>
> I - caráter nacional;
>
> II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
>
> III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;
>
> IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. (BRASIL, 1988).

De antemão, importa ressaltar que os PP são pessoas jurídicas de direito privado, conforme preceitua a própria Lei 9.096 de 19 de setembro de 1995: “Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

2.4 Principais motivos que levam os eleitores a escolher determinados candidatos nas eleições para a câmara dos deputados

Percebe-se que quando as eleições no Brasil vão se aproximando, a maioria das pessoas, familiares e amigos acabam perguntando entre si se possuem algum nome de deputado bom para votar, como diz Jairo Nicolau (2017), é uma falta de informação generalizada.

Um dos motivos que pode se destacar para esse fato é que o Poder Executivo tem uma centralidade maior no sistema político, o que quer dizer que ganha mais atenção até mesmo da imprensa, praticamente os meios de comunicação cobrem de forma subsidiária a disputa para cargos profissionais. Até mesmo os recursos dos comitês dos partidos são mais investidos nas campanhas para cargos executivos; ressalte-se ainda que até mesmo os debates são veiculados mais entre Presidentes do que entre cargos proporcionais.

Some-se a essa questão o fato de que a maioria dos eleitores não lembra em quem votou nas eleições passadas, o que não corrobora com o sistema da democracia moderna, pois não há como os eleitores punirem ou recompensarem os governantes. O estudo eleitoral brasileiro (eseb) fez uma pesquisa em 2014 perguntando em que os eleitores haviam votado para deputado federal nas eleições passadas e o resultado foi este: 46% não lembrava ou não sabia responder, para deputado estadual, 49% não lembravam.

Um dos questionamentos que o doutrinador Jairo Niolau (2017) faz é justamente como reclamar/criticar da baixa qualificação dos representantes sem saber em qual dos candidatos a pessoa votou? Outra pesquisa feita pelo Eseb demonstrou que os partidos políticos contam na escolha para pouquíssimos eleitores, ou seja, muitos outros aspectos são levados em conta na decisão dos votos. Desse modo, quais seriam os principais motivos que levariam os eleitores a escolher determinados candidatos nas eleições para a câmara dos deputados? A doutrina traz seis motivações:

> 1- atributos pessoais do candidato: pode ser, por exemplo, o carisma, a liderança, o eleitor vota em determinado nome por carregar alguma característica pessoal, aquelas pessoas famosas, como Titirica são um exemplo;
>
> 2- Território: as pessoas votam em determinados candidatos por serem da mesma região que o eleitor, por achar que estará representando a sua cidade, o seu bairro, é o chamado sentimento nativista, que prepondera bastante nas cidades do interior;
>
> 3- Voto de identidade: o eleitor se identifica por ter o mesmo segmento, pode ser a categoria profissional, pode ser porque a pessoa é da mesma igreja e assim sucessivamente;
>
> 4- proximidade ideológica do candidato: aqui adentra-se a questão das ideologias, em que o candidato pode ser de direita e esquerda, entra inevitavelmente no campo da economia e política. A direita basicamente prefere um Estado menor, em que há mais iniciativa individual, redução dos gastos do governo e programas assistencialistas. Já a esquerda, resumidamente, defende um Estado maior, que possa promover a igualdade de todos, em que o governo deve garantir o bem-estar social;
>
> 5- Defesa dos interesses de grupos específicos: aqui o eleitor escolhe o candidato baseado em áreas específicas que o candidato defende, por exemplo, aquele que é dedicado à causa animal, muitas pessoas que gostam dessa linha são motivadas a escolher tal candidato;
>
> 6- Motivação clientelista: a mais corriqueira, contribuindo para a corrupção ainda maior do sistema, o eleitor vota no candidato que promete algum benefício pecuniário ou mesmo à sua família.

Veja que essas motivações não são excludentes entre si, muitas se misturam, adentra-se agora ao sistema eleitoral propriamente dito.

2.4.1 O voto para deputado é alinhado ao voto para presidente?

Outra questão extremamente importante quando da análise da eficácia dos partidos políticos é perceber se o voto para deputado é alinhado ao do presidente. Sabe-se que para o Presidente da República conseguir governar, é necessário o apoio da Câmara e do Senado, porém como há grande fragmentação partidária, nota-se imprescindível fazer coalizações no Legislativo, ou seja, cooperação entre eles para conseguir uma maior representação.

Também se demonstra através de pesquisas que os eleitores não são congruentes quando da escolha do Presidente e dos deputados, pois votam em partidos que não pertencem à mesma coligação. O Legislativo ser tão fragmentado no Brasil se deve também ao fato que ocorre muita migração partidária, que é a transferência de um deputado para outra legenda durante o exercício de seu mandato, mas essas migrações acabam dispersando o poder.

As motivações dos políticos para mudar de partido se resumem em três principais: aumentar as chances de sucesso eleitoral, pois transfere-se para uma legenda que tem mais possibilidade de voto; acesso a recursos do executivo, pois migram para partidos em que há probabilidade de indicar aliados para cargos públicos ou conseguir emendas parlamentares e divergências doutrinárias, os políticos acabam divergindo de outros candidatos e migram.

2.5 Sistema eleitoral e os partidos políticos

Desse modo, o sistema eleitoral brasileiro adota o pluripartidarismo, pois vários partidos podem disputar o poder. Em tese, a organização partidária serviria para manter um governo democrático, em que os eleitos representariam e lutariam pelos anseios do povo. O sistema eleitoral então vai definir os procedimentos e regras para definir o corpo político que exercerá o poder. No Brasil, o sistema aceito é o majoritário e o proporcional.

O sistema majoritário é utilizado para cargos do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito) e para o cargo de Senador Federal, esse sistema pode ser de maioria simples ou absoluta. Por maioria simples ou relativa, considera-se eleito quem alcançar o maior número de votos; a maioria absoluta compreende metade dos votos do corpo eleitoral mais um voto. O sistema proporcional, como o próprio nome diz, distribui cargos de forma proporcional e se dá pela proporção de votos aos partidos políticos; no Brasil é usado para eleger deputados federais, estaduais e vereadores.

No que se refere ao sistema proporcional, percebe-se que os próprios eleitores têm dúvidas a respeito de como é feita a escolha. Para se chegar ao resultado final, aplicam-se os chamados quocientes eleitoral (QE) e partidário (QP). O quociente eleitoral é definido pela soma do número de votos válidos (= votos de legenda e votos nominais, excluindo-se os brancos e os nulos), dividida pelo número de cadeiras em disputa. Apenas partidos

isolados e coligações que atingem o quociente eleitoral têm direito a alguma vaga.

É um sistema que suscita dúvidas, mas a priori, se consegue representar vários segmentos da sociedade, mas ao mesmo tempo acabam os candidatos com maior poder econômico se destacando e conseguindo a vaga. São nuances que necessitam ser debatidas e combatidas, então, diante de toda a evolução do direito eleitoral e constitucional no que concerne à democracia representativa, percebe-se que acabou também havendo um retrocesso na medida em que os partidos políticos brasileiros cresceram tanto, que não há mais uma representação efetiva de todos os segmentos da sociedade, e sim uma disputa política pelo fundo partidário e para angariar os próprios interesses.

Adentra-se então a questão das coligações, que acabam beneficiando os pequenos partidos e elegendo candidatos que não conseguiriam o percentual mínimo, veja o que afirma o doutrinador:

> "Apesar dos resultados imprevisíveis produzidos pelas coligações, há uma avaliação no meio político e entre os estudiosos do sistema eleitoral brasileiro de que elas favorecem os pequenos partidos. A razão é simples: eles 'pegariam carona' na votação das grandes legendas e conseguiriam eleger representantes mesmo não atingindo o quociente eleitoral. Os resultados da simulação deixam claro que as coligações em 2014 tiveram como efeito 'desidratar' a representação dos maiores partidos e, consequentemente, acabaram por favorecer os partidos menores. [...]As coligações realmente favorecem os partidos menores." (NICOLAU, 2017, p. 56/60.)

O voto distrital, em tese, seria uma solução viável para dar efetividade à democracia, uma reforma política que trouxesse tal instituto traria benefícios à sociedade. Vejamos como funcionaria: no sistema de votação por maioria simples, os Estados e Municípios são divididos em vários distritos, os eleitores de cada um desses distritos podem eleger um representante; este sistema permitiria ao eleitor ficar mais próximo do candidato e ainda, estes seriam conhecedores das demandas específicas de cada local, além de ampliar a fiscalização por parte de cidadãos. Além disso, o voto iria diretamente para o candidato, e não para partido ou coligação, como acontece atualmente.

Há outra proposta muito debatida entre cientistas políticos, como o sistema distrital misto, neste caso, metade dos deputados e vereadores continuariam a ser eleitos pelo sistema proporcional atual, já a outra metade eleita pela maioria simples. No distritão, cada Estado e Município se tornam um distrito, e os deputados e vereadores mais votados em cada uma dessas localidades seriam eleitos. Existem argumentos contra e a favor de tais sistemas, as vantagens seriam mais proximidade do representante com o representado, candidatos muito votados não poderão eleger colegas de partido.

Em contrapartida, poderia ocorrer um maior clientelismo eleitoral, pois deputados e vereadores iriam se preocupar apenas com seu próprio distrito, bem como partidos minoritários teriam dificuldades de conseguir representação. Lembrando ainda que o Estado e Município dividido em distritos variam de acordo com o número de cadeiras

disponíveis, ou seja, se há dez cargos de vereador a serem preenchidos, por exemplo, a cidade se dividiria em dez regiões.

De acordo com uma pesquisa feita pela Universidade de Oxford e pela FGV demonstram que apenas dois partidos no Estado brasileiro já seriam suficientes para representar todos os segmentos da sociedade.

> A conclusão de que duas legendas já seriam suficientes para representar as posições dos grupos políticos existentes hoje no Congresso indica que a acelerada criação de partidos no país não é estimulada pela demanda de setores por representação, mas sim por estratégias políticas e interesses eleitorais. (PASSARINHO, 2018, s/p).

Portanto, a importância de debates acerca do tema é tamanha que tem sido muito discutido atualmente pelos estudiosos da área, mas também como um protesto da sociedade que não se vê representada nos interesses do bem comum, já se constata que o Brasil está vivendo uma crise na democracia e apesar de os candidatos terem sido eleitos pelos cidadãos, não há uma representatividade autêntica. O que demais relevância essa discussão pressupõe é a necessidade de uma reforma política, para se dar eficácia à Constituição e ao Código eleitoral.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de toda a análise feita, percebe-se que uma reforma no sistema eleitoral vigente é imprescindível, além de uma reforma partidária, em que os seguintes pontos deveriam ser revistos: fim das coligações nas eleições para deputados federal, estadual e vereador; manter a regra de que os políticos que abandonem o partido para o qual foram eleitos sejam punidos com a perda do mandato; acesso ao fundo partidário e ao horário eleitoral apenas para partidos que atingiram o mínimo percentual de votos nas eleições para a Câmara dos Deputados. Além disso, a escolha do voto distrital é importante para uma melhor representação política, para que não haja a situação de um deputado que recebeu votos minimamente acabe sendo eleito sem efetivamente representar a sociedade do povo.

O fortalecimento de uma democracia moderna depende do maior entendimento da população sobre tais sistemas, sobre como se dá essa escolha, é relevante então que a sociedade não financie partidos que não tiveram um mínimo de apoio eleitoral.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 17.ed. São Paulo: Moderna, 2010.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional***. São Paulo, Malheiros, 2008.

BORGES, Bruno; LOPES, Sávio Oliveira. **Análise dogmática dos princípios constitucionais do Direito Eleitoral.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4389, 8 jul. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/40607. Acesso em: 28 de set. 2020.

BRANCO, Adriana Lima Velame. **O papel dos partidos políticos no Estado democrático brasileiro.** Disponível em: http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-3/o-papel-dos-partidos-politicos-no-estado-democratico-brasileiro. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de detembro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2000.

CANDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 15 ed. São Paulo: Edipro, 2012.

JÚNIOR, josé herval sampaio. **Agora 35 partidos políticos no brasil, indaga-se quais têm verdadeiramente ideologias e conteúdos programáticos aplicados na prática?** Jusbrasil, 2015. Disponível em: https://joseherval.jusbrasil.com.br/artigos/241502168/agora-35-partidos-politicos-no-brasil-indaga-se-quais-tem-verdadeiramente-ideologias-e-conteudos-programaticos-aplicados-na-pratica. acesso em: 24 set. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva,2012.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. **Sistemas eleitorais.** Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/sistemas-eleitorais.htm. Acesso em 18 de set. 2020.

NICOLAU, Jairo. Representantes de quem? **Os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

ROSA, Pedro Luiz Barros Palma da. **Como funciona o sistema proporcional?** Disponível em: http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional. Acesso em: 15 set. 2020.

SUELEN, Débora. **Sufrágio: o pilar da democracia no estado moderno. direitonet, 2012.** Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7429/sufragio-o-pilar-da-democracia-no-estado-moderno. Acesso em: 24 set. 2020.

TORRES, Damiana. **Sistemas eleitorais brasileiros**. Disponível em: http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-4-ano-4/sistemas-eleitorais-brasileiros. Acesso em: 10 set. 2020.

CAPÍTULO 4

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU USO INDEVIDO NO DISCURSO POLÍTICO

Data de aceite: 01/04/2022

Denise Ribeiro Gasparinho Duailibe Costa
Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA. Especialista
http://lattes.cnpq.br/2248414913349149

Karine Sandes de Sousa
Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA. Especialista
http://lattes.cnpq.br/1696066295967938

Manoel Ferreira Ramos
Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA. Especialista
http://lattes.cnpq.br/7802086340720852

RESUMO: A liberdade de expressão é tema de grande relevância e gera contínuo debate acadêmico e social. O presente trabalho pretende expor as distintas compreensões (ou digressões) sobre a matéria, especialmente as defendidas pela chamada “esquerda” e “direita” no Brasil, demonstrando que tais posicionamentos derivam de intenções eleitoreiras, muito mais que de discordâncias ontologicamente jurídicas sobre o assunto. Como metodologia foi adotada a abordagem qualitativa, uma vez que fora realizada revisão bibliográfica e documental.
PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão, Direitos Fundamentais; Discurso; política.

FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS MISUSE IN POLITICAL DISCOURSE

ABSTRACT: Free speech is a topic of great relevance and generates continuous academic and social debate. The present work intends to expose the different understandings (or digressions) on the matter, especially those defended by the so-called “left” and “right” in Brazil, demonstrating that such positions derive from electoral intentions, much more than from ontologically legal disagreements on the subject. As a methodology, a qualitative approach was adopted, since a bibliographical and documental review was carried out.
KEYWORDS: Free speech, Fundamental Rights; Speech; policy.

1 I NTRODUÇÃO

Uma das pautas mais discutidas no ambiente acadêmico e na sociedade como um todo, é a liberdade de expressão.

O constante interesse pela confrontação deste tema se dá pelo fato de que o direito de manifestar livremente os pensamentos e convicções se confunde com o direito de identificar-se e fazer-se respeitar como ser humano, individualmente ou como pertencente a um determinado grupo.

O debate do tema não é próprio deste tempo e, embora aparente ser sempre mais relevante a cada presente momento, mostra-se com importância inquestionável em todos os cenários e épocas. Como base para tal

afirmação podemos mencionar que questões hoje tidas como inaceitáveis, tais como a escravidão e a proibição do voto feminino (e o que dele deriva) assim o são em consequência de sucedidos episódios onde fora livre a manifestação do pensamento.

É um direito humano o de se expressar livremente, sendo este um direito essencial em estados democráticos. Nesse regime estatal é inadmissível a restrição ao pensamento e opinião como formas de expressão, sendo tal restrição e demais tipos de censura, características de ditaduras e governos totalitários.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a relevância do tema, uma vez que consagrou a liberdade de expressão, em suas diferentes facetas, como direito fundamental, posicionando-a no mesmo rol de liberdades e direitos considerados, dentre tantos, como os mais importantes.

A problematização ora apresentada ao tema reside na forma, estranhamente republicana, com a qual exercentes de funções da representação política dos Poderes Executivo e Legislativo nacionais adotam na construção da razão pública, quase sempre acolhendo um viés partidário unilateral de sua ideologia de base, em desacordo com o princípio basilar da democracia representativa que é a integridade e o respeito ao pluralismo democrático.

Além dos posicionamentos individuais, com os fatos históricos coletados, é possível observar que a liberdade de expressão também é, a princípio, concebida de formas distintas por partidos e grupos políticos, por inconciliáveis aos desafios da permanente tensão democrática das liberdades e das igualdades, seja por pensamentos políticos de esquerda ou de direita nacionais.

Contudo, percebe-se que o posicionamento ideológico que identifica uma classe política perde espaço quando a possibilidade da livre manifestação das expressões tem o condão de macular a imagem do grupo ou indivíduo político, especialmente aquele que tem a intenção de reeleger-se.

Como objetivo geral, pretende-se analisar o direito fundamental da liberdade de expressão de forma teórica e dogmática, bem como proceder, a partir da análise e revisão bibliográfica e documental, ao exame dos discursos oficiais e extraoficiais de representantes eleitos, cujo viés pautou-se em asserções políticas.

Como objetivos específicos espera-se discutir conceitos e formulações dogmáticas e hermenêuticas sobre o direito fundamental da liberdade de expressão, em âmbitos nacional e internacional; proceder ao exame do discurso e posicionamentos de representantes populares no Brasil, com foco na polarização que permeia a sociedade atual, pretende-se passar pelos principais pontos da recente história brasileira, com o objetivo de demonstrar os dois lados da discussão, e por fim; traçar um paralelo com a análise bibliográfica levantada e os efeitos do discurso político de liberdade de expressão, tentar compreender se os efeitos, a longo prazo, foram positivos ou negativos e verificar a legitimidade desse tipo de discurso.

A hipótese adotada aponta que o uso do Direito Fundamental da liberdade de expressão para fins políticos, é inegável e presente no discurso dos Chefes de Estado e outros políticos, na história recente do Brasil. Vislumbra-se que um dos efeitos desta prática é o aumento da polaridade entre direita e esquerda enquanto posicionamentos políticos, agravando um movimento de baixa criticidade e frágil defesa dos interesses nacionais na conformidade de um padrão ético de governança democrática, cujo efeito manada, também é reflexo da liberdade de expressão dos cidadãos de forma legitimada por seus representantes políticos enquanto messiânicos de promessas irrealizáveis e paladinos de posicionamentos ideológicos que, a depender do interesse político, passam de fundamentais a dispensáveis.

2 I LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O texto constitucional brasileiro, ao positivar como fundamental o direito **à** liberdade de expressão, o reconhece como um direito humano.

Os fundamentos para a identificação de um direito humano são dispostos em tratados internacionais e versam sobre valores que independem de limites territoriais e cidadania, sendo, portanto, intrínsecos **à** condição humana.

Assim, pode-se afirmar que a liberdade de expressão como direito humano reflete um valor assinalado por todos e a todos aplicável e, dada a sua relevância, fora consubstanciado na norma constitucional em posição de superioridade às outras normas, funcionando também como guia para todo o ordenamento jurídico que deve estar em harmonia com direitos dessa categoria, sem, contudo, necessitar de lei inferior para alcançar o seu objetivo.

Essa compreensão é importante uma vez que revela uma forma diferente de tratativa dos direitos fundamentais daquela dada nos países de sistema Common Law, como os Estados Unidos.

Em sistemas como o norte-americano, à Constituição não coube, originalmente, o papel de declarar direitos. Foi com a ratificação do *Bill of Rights* - conjunto formado pelas dez primeiras emendas **à c**onstituição norte-americana - que ocorreu a declaração de direitos sobre os quais nem o Congresso pode legislar com o fim de restringi-los.

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos prevê que:

> O Congresso não deve fazer leis a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao Governo para a reparação por agravos. (LII, S/D).

Poderia surgir o questionamento acerca do fato de não haver no texto constitucional original norte-americano a previsão da impossibilidade do cerceamento de direitos fundamentais, no sentido de inquirir se tais direitos não foram desde o início considerados

mais importantes. Mas de forma a responder essa eventual pergunta deve-se entender as diferenças entre os sistemas.

A primeira emenda à constituição dos EUA não fez nascer um novo direito que não havia sido considerado pelo texto constitucional norte-americano, apenas o consolidou assegurando-o ao povo. (LEWIS, 2011).

Por fim, nos sistemas de *common law*, como o norte-americano, também são comuns as divergências quanto aos direitos declarados, sendo a causa central desta discordância a interpretação realizada, que varia conforme o contexto social e ideais que refletem o pensamento de uma época.

O trecho abaixo confirma o exposto sobre o contexto norte-americano onde a liberdade de expressão figura como fundamento:

> O significado da Primeira Emenda foi, e será, moldado por cada geração de americanos: por juízes, líderes políticos, cidadãos. Sempre haverá autoridades que tentarão tornar sua própria vida mais confortável por meio da eliminação de comentários críticos. (LEWIS, 2011, p.15).

Casos levados a julgamento nas cortes norte-americanas tornaram-se emblemáticos na tratativa da questão da liberdade de expressão, tais como o levado a julgamento em 1919 (caso *Schenck vs. United States)* que iniciou o longo caminho fundamentado na primeira emenda e que teve o primeiro voto (ainda que vencido) na Suprema Corte daquele país com menção e apoio à livre expressão (LEWIS, 2011).

O célebre caso *New York Times Co. vs Sullivan,* de 1964, é considerado *landmark case* do tema naquele país e tratava mais especificamente de liberdade de imprensa. Nessa situação o chefe de polícia da cidade de Montgomery, no estado do Alabama (que se chamava Sullivan) ajuizou ação contra um grupo de pessoas e contra o jornal New York Times argumentando ter sido difamado - mesmo não tendo seu nome citado na matéria veiculada **-** em razão da crítica feita à postura policial abusiva em um episódio em que estudantes de um movimento civil se manifestavam (LEWIS, 2011).

O júri decidiu pela condenação dos acusados por Sullivan. A condenação fora revertida pela Suprema Corte dos Estados Unidos com o fundamento na Primeira Emenda à Constituição norte-americana que protege o direito à liberdade de expressão (LEWIS, 2011).

No Brasil a questão dos direitos fundamentais, e em consequência a do direito à liberdade de expressão, é tratada de forma distinta. Tal distinção se dá, como já mencionado, em razão do sistema diferente, vez que o nacional seguiu o modelo de matrizes europeias, qual seja, o Civil Law.

Diante destes moldes os direitos são trazidos no texto constitucional em um rol que fundamenta não só a Constituição em si, como todo o ordenamento jurídico nacional, funcionando como guias para a elaboração de normas infraconstitucionais, o que termina por funcionar também como ditames de toda a sociedade.

Assim, a Constituição brasileira traz em seu artigo 5º as normas fundamentais que garantem a inviolabilidade de direitos que visam assegurar a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, enumerando de forma específica nos seus incisos IV e IX, os que garantem a livre manifestação do pensamento e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> [...]
>
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988).

No caso brasileiro as discussões versam mais sobre a aplicabilidade e respeito à previsão constitucional, sendo recorrente julgamentos que visam não esbarrar um direito a outro também previsto no mesmo dispositivo constitucional.

No próximo tópico a especificidade da argumentação se dará quanto ao uso indevido e a apropriação do direito à liberdade de expressão como bandeira política, ou melhor, como bandeira de discursos de políticos.

3 | O DISCURSO POLÍTICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Embora exista a diferença dos sistemas e, consequentemente, entre a forma de interpretação e aplicação do texto constitucional entre países como os EUA e o Brasil o que aproxima tais países e, muito possivelmente, qualquer outro que trate com a mesma relevância o direito à livre expressão é o uso do tema “liberdade de expressão” no contexto político e por políticos.

Nos Estados Unidos a Lei de Difamação Sediciosa considerava crime publicar qualquer coisa que pudesse significar desrespeito ou ofensa **à**s autoridades do Estado, sendo importante frisar que embora a publicação fosse verídica, a verdade não serviria como defesa. (LEWIS, 2011).

Vale refletir que, embora tal lei date de 1798, seus traços ainda podem ser percebidos em diversos casos atuais relativos à livre manifestação do pensamento e expressão no Brasil e no mundo.

Adentrando ao recorte adotado no presente trabalho, analisaremos a acolhida do direito fundamental à liberdade de expressão de forma indevida, como lema com fins políticos e eleitoreiros.

A Lei n.º 9.504 de 30 de setembro de 1997 – conhecida como Lei das Eleições – fora

objeto de questionamento em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.451)[1] proposta no ano de 2010 pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), na qual a intenção era questionar a constitucionalidade de dois incisos do artigo 45 da mencionada lei por entender que, as disposições neles contidas, iam contra o fundamento legal da liberdade de expressão, especialmente, contra o direito à informação e a liberdade de imprensa.

> Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário
>
> [...]
>
> II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;
>
> III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes; (BRASIL, 1997).

Do outro lado da discussão figuravam os parlamentares, que afirmavam que as disposições legais os protegiam de tentativas de ridicularização, que certamente aconteceriam na corrida eleitoral, ou seja, versavam exatamente sobre uma proteção antecipada de suas honras e imagens.

Ao final da ação, que teve como relator o Ministro Alexandre de Moraes, foram julgados parcialmente inconstitucionais os incisos em questão do artigo 45 da Lei das Eleições.

O argumento do acordão foi de que é duplo o aspecto constitucional que garante a liberdade de expressão, tendo viés positivo ao garantir a livre manifestação do pensamento e ideias, como também detém aspecto negativo ao proibir a censura prévia, e, portanto, indevida de ser exercida pelo Estado, razão pela qual os incisos em questão foram declarados, em parte, inconstitucionais.

Nessa oportunidade, procedeu-se com o contrapeso entre a liberdade de expressão e a possibilidade de regulação do Estado, tendo sido consagrada a situação que permite o alcance da igualdade política e que, portanto, permite o respeito ao fundamento do texto constitucional.

> (...) o julgamento da ADI 4.451 se mostra como expoente da liberdade política. Nele, o STF impõe uma obrigação negativa ao governo, a qual veda a tirania ou qualquer intervenção governamental no âmbito de proteção da liberdade de expressão, mesmo que por motivos paternalistas ou redistributivos. Garante-se, assim, ao discurso político um valor diferenciado, e assegurasse o livre debate em período eleitoral, conferindo também aos

1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.451, Distrito Federal. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 747719128.

> cidadãos o reconhecimento de sua autonomia política e moral. (LAURENTIIS; THOMAZINI, 2020).

Essa ponderação entre fundamentos é objeto de estudo de Rawls (2011) que também nos ensina sobre a importância de garantir o "valor equitativo das liberdades políticas iguais".

Exemplificando com uma hipótese de financiamento público de campanha política e a diferença entre valores dispendidos em campanhas eleitorais como imprescindíveis para fazer valer o mencionado valor equitativo, a conclusão é que:

> Esses arranjos são compatíveis com o papel central da expressão política e da imprensa livre como liberdades fundamentais, desde que sejam satisfeitas três condições. (RAWLS, 2011, p. 423).

Inicialmente a condição é que o conteúdo da expressão não seja restringido.

Em segundo lugar figura a necessidade de não imposição de ônus exorbitante aos distintos grupos políticos de forma que todos sejam igualmente atingidos.

Por fim, tudo que possa regular a expressão política tem que ser antecipadamente determinada, possibilitando, portanto, o alcance da ideia de "valor equitativo das liberdades políticas".

Outro caso que vale menção e onde a liberdade de expressão - no sentido de respeito pela contraposição de ideais que identificam um político individualmente ou como parte de uma legião, sendo tal identidade forte atributo entre seus eleitores - é o do discurso proferido pelo atual presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, ao referir-se a sua indicação de Ministros para o Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

> Muitos tentam nos deixar de lado dizendo que o estado é laico. O estado é laico, mas nós somos cristãos. Ou para plagiar a minha querida ministra Damares: nós somos terrivelmente cristãos. E esse espírito deve estar presente em todos os Poderes. Por isso, o meu compromisso: poderei indicar dois ministros para o Supremo Tribunal Federal [STF]. Um deles será terrivelmente evangélico. (BOLSONARO, 2019).

A fala que a princípio pode parecer inofensiva e apenas um posicionamento pessoal revela o uso indevido da liberdade de expressão por um político – diga-se de passagem o ocupante do maior cargo eletivo nacional – uma vez que visa identificá-lo e fortalecer a sua imagem religiosa junto ao seu eleitorado.

O discurso se revela inoportuno uma vez que, não só fora proferido em evento religioso realizado em uma das casas legislativas federais, como fora ratificado no plenário do Congresso Nacional em tom de promessa. Mas além disso, cria um "requisito" dissociado dos exigidos pelo texto constitucional brasileiro para a indicação de membro da maior Corte da justiça brasileira, dando ao discurso um tom de identificação do político com os seus eleitores, o que não cabe quando o contexto não é eleitoral.

É cirúrgica a análise a seguir:

> O problema me parece ser outro. O diabo costuma esconder-se nas entrelinhas. Refiro-me ao uso da retórica identitária para legitimar escolhas para cargos vitalícios de extrema relevância a partir de critérios eminentemente políticos, e não técnicos e profissionais. OU pior: nomear quem coloca a sua lealdade e confissões religiosas ou a dogmas teológicos acima do seu compromisso com a Constituição e as leis do país. (BINENBOJM, 2020, posição 598 de 1440).

De forma a concluir reafirmando que a convicção de um posicionamento ideológico de um grupo político serve a propósitos também políticos, mencionamos o caso de uma Ação Civil Pública proposta no mês de setembro de 2021, na Vara Cível de Brasília, onde figura como autor ao lado de outros estados, o Estado do Maranhão, representado por sua Procuradoria do Estado e governado por um político de identidade ideológica de esquerda e que se proclama defensor da liberdade de expressão e ávido combatente de qualquer tipo de censura.

A ação pede que além da condenação final em indenização por danos morais coletivos seja, liminarmente, determinada a retirada de um vídeo e demais materiais publicitários pela Petrobrás, sob o fundamento de que a publicidade identificada como “Preços de Vendas de Combustíveis” que é disponibilizada ao público como nota de esclarecimento é na verdade, enganosa.

A ação sequer fora contestada (em razão de ser muito recente), mas a participação, no seu pólo ativo de um político de esquerda, portanto, pertencente a um grupo ideológico onde é contínua a defesa de todas as liberdades, dentre elas a liberdade de expressão, pode demonstrar a adequação do discurso ideológico a fins políticos e eleitoreiros.

Há outras formas constitucionalmente previstas (e não se está afirmando que o ajuizamento da Ação Civil Pública não é um deles e nem que é indevido) para fazer valer a verdade caso ela não estivesse, de fato, sendo publicizada. Meios esses que se adequam muito mais ao posicionamento ideológico e partidário de um inimigo da censura e de qualquer limitação ao direito de expressão.

4 I DISPOSIÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão, ao lado de outras liberdades que fundamentam todo o ordenamento brasileiro e são positivados na Constituição Federal são mais que meras previsões, são guias da sociedade a serem defendidos pelos representantes políticos e demais membros do corpo social.

O que vem ocorrendo e gera preocupação e distorções do uso da livre expressão em discursos políticos é a adoção desse fundamento como uma bandeira associada a um grupo político, especialmente dividido entre esquerda e direita, e que se utiliza do direito fundamental, defendendo-o ou desobedecendo-o, não conforme suas ideologias, mas de acordo com suas intenções políticas e politiqueiras de cada ocasião.

Atualmente, a defesa da liberdade de expressão vem sendo utilizada pelos políticos

nacionais como mero discurso e a repetição é proposital, pois visa demonstrar que mais que defensores ou questionadores de um direito ou ideologia, os representantes eleitos são guardiões dos seus mandatos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA E. SILVA, Adrian; GUIMARAES DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 9, n. 2, p. 771-790, 2011. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200021&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 14 maio 2021.

BINENBOJM, Gustavo**. Liberdade igual**: o que é e porque importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BINENBOJM, Gustavo**. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa:** As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: fragmentos de um dicionário político. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Edipro, 2017.

BOLSONARO diz que vai indicar ministro 'terrivelmente evangélico' para o STF. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf.ghtml. Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Brasília, DF: disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. STJ e liberdade de expressão: desafios e possibilidades no século xxi. In: CUNHA, J. S. Fagundes (org.). **O direito nos tribunais superiores**: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015. Cap. 2. p. 228-236.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 11, n. 4, p. 2260-2301, dez. 2020. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/44121.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE (LII). First Amendment, 15 de dezembro de 1791. Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment>. Acesso em: 14 set. 2021.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011.

OSÓRIO, Aline. **Direito Eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

CAPÍTULO 5

DIREITO AMBIENTAL E AGRICULTURA: UM ESTUDO SOBRE AGROTÓXICOS E PRÁTICAS ALTERNATIVAS

Data de aceite: 01/04/2022
Data de submissão: 07/02/2021

Marina Lopes de Moraes
Universidade Federal do Rio Grande
Rio Grande - RS
http://lattes.cnpq.br/6130354878566673

Francisco José Soller de Mattos
Universidade Federal do Rio Grande
Rio Grande - RS
http://lattes.cnpq.br/7395173074469500

RESUMO: O presente artigo busca estudar alternativas ao uso de agrotóxicos convencionais, de forma a melhor resguardar, principalmente, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à saúde, ambos previstos pela Constituição Federal de 1988. Através do método hipotético-dedutivo, o objetivo da pesquisa foi contribuir à seguinte reflexão: "*Há alternativas viáveis ao uso de agrotóxicos atualmente?*", tendo em vista a crescente onda de liberações de agrotóxicos no Brasil desde 2016 - que, em 2021, bateu novo recorde, alcançando a marca de 499 registros aprovados ao longo do ano. Portanto, considerando os impactos causados principalmente ao meio ambiente e à saúde - tanto do consumidor final de alimentos tratados com agrotóxicos quanto do trabalhador rural envolvido na produção destes -, comprovados por robustos estudos científicos dentro e fora do território nacional, o estudo dos agrotóxicos e a busca por alternativas a partir da ótica jurídica mostra-se coerente e necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Agrotóxicos; Direitos Fundamentais; Agroecologia; Saúde; Meio Ambiente.

ENVIRONMENTAL RIGHTS AND AGRICULTURE: A STUDY OVER PESTICIDES AND ALTERNATIVE METHODS

ABSTRACT: This article seeks to study alternatives to the use of conventional pesticides in order to better protect, mainly, the fundamental right to an ecologically balanced environment and the fundamental right to health, both provided by the Brazilian Federal Constitution of 1988. Through the hypothetical-deductive method, the main objective of this research was to ponder over the following question: "Are there viable alternatives to the use of pesticides today?", in view of the growing wave of pesticide releases in Brazil since 2016 - which, in 2021, has broken a new record, reaching the mark of 499 approved substances throughout the year. Therefore, considering the impacts caused mainly to the environment and health - both for the final consumer of food treated with pesticides and for the rural worker involved in their production -, proven by robust scientific studies in and outside Brazilian borders, the study of pesticides and the search for alternatives from a legal perspective shows to be coherent and necessary.

KEYWORDS: Pesticides; Fundamental Rights; Agroecology; Health; Environment.

1 I INTRODUÇÃO

Desde o ano de 2016, é possível constatar um aumento vertiginoso nas liberações de agrotóxicos no Brasil. Em 2002, o número de registros aprovados foi de 53 liberações - vinte anos depois, os dados mais recentes do Ministério da Agricultura revelam que, apenas em 2021, foram realizadas 499 liberações - um aumento de mais de 940% se comparado com 2002 -, e é nesse cenário que surgiu a presente pesquisa.

Considerando a onda de liberações que se mantém crescente a cada ano, incluindo o Brasil dentre os países que mais utilizam agrotóxicos no mundo, emerge uma preocupação com as possíveis consequências de um uso tão exacerbado de tais substâncias. Assim, para melhor contextualizar a pesquisa e demonstrar sua relevância, foi importante coletar dados e estudos sobre os riscos à saúde e ao meio ambiente, oriundos de pesquisas científicas realizadas no Brasil e fora dele, de forma a abordar o uso intensivo de agrotóxicos como um problema a ser resolvido - e não uma necessidade inevitável do sistema produtivo.

Ainda, tendo em vista a tendência de permissividade cada vez maior quanto à legislação de agrotóxicos no país, foi importante verificar, por exemplo, que são aprovados no Brasil compostos e substâncias de uso proibido em outros países do mundo - por vezes, até mesmo em seus países de origem, exportadores de tais produtos. Uma abertura tão grande para o uso de agrotóxicos parece ir na contramão de princípios e direitos fundamentais consagrados por nossa Constituição Federal e pelo Direito Ambiental Brasileiro, questão também brevemente abordada no presente artigo.

Desta forma, encarando o uso de agrotóxicos como um problema a ser enfrentado, surgiu a seguinte reflexão: "*Há alternativas viáveis ao uso de agrotóxicos atualmente?*". Através do método hipotético-dedutivo, portanto, buscou-se estudar possíveis técnicas e práticas diversas dos agrotóxicos comuns para controle de pragas na agricultura, de forma a auxiliar na efetivação dos direitos e garantias fundamentais - especialmente, quanto à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto, o presente artigo utilizou-se majoritariamente de material bibliográfico e documental, através da análise qualitativa de notícias, artigos e relatórios científicos, relacionando-os com a legislação brasileira e conceitos do Direito Ambiental preceituados na doutrina.

Com os objetivos acima descritos e através da metodologia hipotético-dedutiva, foi possível aproximar-se da questão proposta, numa pesquisa de caráter básico-estratégico - examinando a hipótese trazida, de forma a proporcionar, com a reflexão, um arcabouço textual que poderá ser utilizado em futuras pesquisas aplicadas sobre o tema. Assim, chegou-se à conclusão de que existem, de fato, substituições viáveis ao uso dos agrotóxicos comuns, possíveis com o avanço das tecnologias e a disseminação do conhecimento sobre técnicas alternativas - com a descrição, na presente pesquisa, de algumas das soluções encontradas.

2 | AGROTÓXICOS: CONCEITO E REGULAÇÃO NO BRASIL

No Brasil e diversos países do mundo[1], a definição do vocábulo "agrotóxicos" em termos legais converge para o conceito de "*produtos e os agentes (...) cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos*", incluindo desfolhantes, dessecantes e reguladores de desenvolvimento de plantas. Em território nacional, o conceito é dado pelo art. 2º da Lei n° 7.802, de 11 de julho de 1989, conhecida como Lei de Agrotóxicos.

Até a década de 1980, o uso de agrotóxicos no Brasil era regulado pelo Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal, através do Decreto n° 24.114, de 12 de abril de 1934 - diploma este que nem ao menos menciona o termo "agrotóxicos", tamanha a obsolescência de sua redação se comparada às décadas mais recentes. Ferrari (1985) descreveu a situação da seguinte forma: "*A legislação federal sobre agrotóxicos é reconhecidamente ultrapassada e ineficaz*" (FERRARI, 1985, p. 51), em sua obra "*Agrotóxicos, a praga da dominação*". Antenor Ferrari foi Deputado Estadual do Rio Grande do Sul e contribuiu na elaboração da primeira lei de agrotóxicos no Brasil, através da Lei Estadual gaúcha nº 7.747 de 1982 - que, posteriormente, inspirou a atual legislação federal sobre o tema, em 1989. Apesar da inspiração, porém, a Lei n° 7.802/89 deixou de lado alguns dos mais icônicos dispositivos da legislação gaúcha, como, por exemplo, o parágrafo 2º do art. 1° da Lei Estadual n° 7.747/82/RS, que vedava o uso de agrotóxicos importados quando proibidos em seu país de origem - disposição esta que, infelizmente, cedeu às tendências nacionais e veio a ser revogada no ano passado, através da aprovação da Lei Estadual n° 15.671/21/RS, oriunda do Projeto de Lei n° 260/20.

De qualquer forma, a Lei de Agrotóxicos brasileira é regulada pelo Decreto n° 4.074/02, e o uso e registro dos produtos passa pelo crivo de três órgãos: à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) compete avaliar os riscos toxicológicos à saúde; ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) cabe analisar os riscos ambientais; e, por fim, cabe ao Ministério da Agricultura (MAPA) conceder ou não o registro de agrotóxicos, com base nas conclusões fornecidas pelos demais órgãos envolvidos. Diante de um procedimento aparentemente tão criterioso, era de se esperar que houvesse moderação no uso de agrotóxicos no país - o que, entretanto, não é o que se verifica na realidade, conforme será demonstrado no capítulo a seguir.

3 | O USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Segundo dados apurados pelo WorldOMeter e Our World in Data a partir de estudos realizados pela Organização das Nações Unidas (Food And Agriculture Organization/UN), o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking mundial de consumo de agrotóxicos por ano, com

1 Como a Lei n° 2.774 da Província de Neuquén (Argentina), em seu art. 3°; bem como o Ato Federal de Inseticidas, Fungicidas e Rodenticidas (FIFRA) estadunidense, por exemplo.

o uso de 377.016 toneladas até o ano de 2019 - superado apenas pelos Estados Unidos da América e pela China, 407.779 toneladas e 1.763.000 toneladas, respectivamente. Um uso tão intensivo faria sentido num cenário em que fosse também o terceiro colocado dentre as maiores áreas de cultivo no mundo - porém, em tal indicador, o Brasil ocupa a quinta posição, superado também por Índia e Rússia, com 63.366.060 de hectares (apenas pouco mais da metade da área de cultivo da Rússia, quarta colocada no ranking com 123.249.000 hectares).

Portanto, reconhecendo as dimensões do uso de agrotóxicos no Brasil, era de se esperar que surgissem riscos e consequências. Em linhas globais, um relatório elaborado pela ONU sobre direitos alimentares concluiu que há ligação entre o uso de agrotóxicos e o desenvolvimento de quadros como câncer, Alzheimer, Parkinson, desequilíbrios hormonais e de desenvolvimento, esterilidade, propensão a alergias, asma e hipersensibilidade, além de atribuir ao uso dos produtos cerca de duzentas mil mortes por ano ao redor do mundo (UNITED NATIONS (UN), 2017, p. 3-5). O mesmo estudo verificou, ainda, uma série de danos ao meio ambiente, incluindo o exaurimento do solo, contaminação de recursos hídricos, desequilíbrio na cadeia alimentar e, consequentemente, nos ecossistemas que incluem e rodeiam culturas tratadas com agrotóxicos.

Afunilando para estudos nacionais, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO) publicou dois documentos, em 2015 e 2021, chamados "*Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*" e "*Dossiê contra o Pacote do Veneno e em defesa da Vida!*", respectivamente. Os resultados demonstram a relação entre o uso dos produtos e danos à saúde humana, incluindo os sistemas respiratório e neurológico, por exemplo. Da leitura dos dossiês, dois dados são particularmente interessantes: a estimativa de cerca de quatro mil mortes por ano em decorrência de intoxicação por agrotóxicos; e o registro em si de mais de quarenta e seis mil casos de intoxicação desde a última década.

Em uma análise mais específica e direcionada a prejuízos à fauna, a Prof. Drª Cláudia Bueno dos Reis Martinez coletou dados sobre alterações presentes em peixes confinados em uma área agrícola, derivadas do uso de agrotóxicos. Os animais apresentaram danos em diversos órgãos e tecidos, alterações metabólicas e de desenvolvimento, redução na fertilidade, mudanças comportamentais, dentre outras anomalias. Considerando o caráter praticamente perene dos agrotóxicos, cujos efeitos tardam a cessar, ocorre o fenômeno da bioacumulação - isto é, por exemplo: uma quantidade de agrotóxicos diluída nas águas de um reservatório será absorvida por algas e microorganismos, que, por sua vez, serão consumidos por crustáceos que, então, serão predados por peixes que, ao final, servirão de alimento para aves; e, nesse processo, se compararmos a proporção de agrotóxicos inicialmente diluída na água com a concentração do produto no predador final, o agrotóxico vai sendo acumulado à medida que passa pelos diversos elos da cadeia alimentar, elevando sua concentração a cada etapa. Assim, através da bioacumulação, os efeitos a ecossistemas afetados pelo uso dos produtos são devastadores.

Por fim, trazendo mais um exemplo dos efeitos causados pelo uso de agrotóxicos, vale mencionar o levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisas Ecológicas (IPÊ) em conjunto com a Iniciativa Nacional para a Conservação da Anta Brasileira (INCAB). A anta (*Tapirus terrestris*) é animal ameaçado de extinção, sendo o maior mamífero terrestre do país - e, conforme o estudo mencionado, desempenha função essencial ao equilíbrio dos ecossistemas, atuando como dispersora de sementes. De acordo com o estudo, foi constatada nos corpos de antas no Cerrado a presença de 09 tipos de agrotóxicos, contribuindo a uma maior sensibilidade do animal, trazendo riscos à sua longevidade e capacidade reprodutiva, bem como provocando alterações em rins e fígado dos indivíduos.

Devidamente expostos riscos e consequências causadas pelo uso exacerbado de agrotóxicos, com efeitos sobre a saúde humana, recursos hídricos, qualidade do solo, vegetação e fauna nativa, comprovados por estudos e dados científicos nacionais e internacionais, cabe a análise de aspectos jurídicos que também se vêem ameaçados pelo uso de agrotóxicos.

4 l A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 225, *caput*, o meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto "*bem de uso comum do povo*". A definição lembra o conceito de natureza-objeto tratado por François Ost, em sua obra "*A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*", à medida que trata o ambiente não como sujeito, mas como *coisa* da qual o ser humano tem o direito de usufruir.

Da leitura do art. 225 da Constituição Federal, é possível extrair alguns caracteres que acompanham o tema - a exemplo do ímpeto transgeracional contido no dispositivo, bem como sua dualidade enquanto direito do povo e dever do Estado:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sem a pretensão de exaurir o tema, é importante ressaltar que também acompanham a tutela do meio ambiente alguns princípios - a exemplo do princípio da precaução e da ação preventiva, assim como o princípio implícito da proibição do retrocesso ambiental (MORAES, 2013, p. 867-868). O primeiro refere-se a evitar condutas que possam gerar potenciais riscos, atuando no campo da probabilidade; o segundo tem intenção de prevenir riscos concretos, tendo íntima ligação com a certeza de um dano; e, por fim, o terceiro é responsável por vedar que sejam descartados avanços na legislação ambiental, ao qual é aliado um dever de progressividade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2021).

Desta forma, considerando os danos já constatados devido ao uso de agrotóxicos, bem como os estudos científicos que comprovam nexo entre seu emprego e o provável surgimento de danos à fauna, flora e demais esferas que compõem nosso planeta, afrontando princípios e dispositivos constitucionalmente tutelados, é também dever do Direito acompanhar e contribuir para a construção de argumentos, reflexões e soluções para o uso de agrotóxicos.

5 | POSSÍVEIS ALTERNATIVAS AO USO DE AGROTÓXICOS CONVENCIONAIS

Em se tratando de um artigo científico, o qual é usualmente submetido a certo limite de caracteres, é importante ressaltar, novamente, que esta não se trata de uma pesquisa com ímpeto de exaurir o tema, esgotando todas as possibilidades suscitadas. Neste sentido, diante da contextualização trazida, considere-se o presente capítulo como um rol exemplificativo, elencando algumas das possíveis alternativas ao uso de agrotóxicos convencionais - alternativas estas, portanto, que não se limitam às sugestões aqui descritas.

Em primeiro lugar, um método possível seria o biocontrole, através do incentivo à adoção de animais na agricultura, capazes de identificar e eliminar certas pragas. Na Tailândia e no Vietnã, por exemplo, agricultores utilizam o auxílio de patos no controle de pragas em arrozais, economizando em valores que seriam utilizados para aquisição de agrotóxicos e, ainda, reduzindo os custos com a alimentação dos animais, que também contribuem através da produção de ovos.

A adoção de animais nas culturas, porém, não é exclusividade de países asiáticos: alimentando-se de invertebrados como insetos e anelídeos, as galinhas são tradicionais aliadas na erradicação de pragas, reduzindo o uso de pesticidas - inclusive, no Brasil há um documento elaborado pela EMBRAPA chamado "*Guia para o reconhecimento de inimigos naturais de pragas agrícolas*", que lista diversos outros animais com o mesmo papel. No Brasil, por ora, este método parece mais adequado à agricultura familiar e pequenos produtores orgânicos, uma vez que requer atenção, gerência e cuidado do agricultor para que seja efetivo.

Semelhante à adoção de animais para proteção das culturas, ainda, há também o uso da flora: em vinícolas no Chile, é comum ocorrer o uso de roseiras próximas aos vinhedos para controle de pragas, que são atraídas pelo aroma das flores. Com o mesmo ímpeto, outra possibilidade seria a policultura com o emprego de "plantas companheiras", numa abordagem em que o agricultor pode combinar diferentes plantas que se complementam no controle de pragas - por exemplo, tomates naturalmente repelem larvas de mariposas que atacam repolhos (AUSTRÁLIA, 2016). Em 2004, a EMBRAPA também elaborou um pequeno *folder* sobre o assunto, listando uma breve lista de boas combinações de vegetais no documento "*Plantas companheiras na horticultura*".

Outra hipótese seria o uso de robôs como herbicidas: movidas por energia renovável

que dispensa a queima de combustíveis e não gera poluição sonora, há máquinas capazes de detectar e eliminar cerca de cem mil ervas daninhas por hora. Além da eficiência e dos benefícios à atmosfera, seu uso não contribui para a erosão do solo ou contaminação das águas, em contraste com o uso de agrotóxicos - ainda, o uso de pesticidas associado à monocultura vem contribuindo para o surgimento de ervas cada vez mais resistentes às substâncias utilizadas para sua erradicação. Contudo, a maior barreira para a implantação do equipamento é o alto custo para sua aquisição - que pode ser substituído pelo valor de aluguel, em torno de quinhentos dólares por hectare. Entretanto, há também um protótipo de iniciativa da empresa argentina Gbot, de tamanho bastante portátil e ainda não disponível para aquisição - que, quando lançado, provavelmente terá valor mais acessível do que as opções estadunidenses.

Por fim, outra opção seria o uso de pesticidas orgânicos - isto é, não sintéticos, de origem natural, com impacto reduzido ou nulo sobre a integridade do solo e recursos hídricos. Não devem ser confundidos, porém, com as soluções e receitas caseiras difundidas na internet: os pesticidas orgânicos ainda são pesticidas e, como tais, devem passar pela aprovação do Ministério da Agricultura (MAPA), IBAMA e ANVISA. Uma das maiores barreiras para a adoção de pesticidas orgânicos em larga escala no Brasil é a falta de informação ao agricultor - que, com tantas décadas de uso dos agrotóxicos tradicionais, muitas vezes não tem ciência de outras alternativas. Ainda, é importante ressaltar que os efeitos dos pesticidas orgânicos ainda estão em estudo: apesar dos impactos reduzidos a solo e águas, estão sob análise as possíveis consequências quanto a animais polinizadores, de papel indispensável à agricultura e à biodiversidade.

6 | CONCLUSÕES FINAIS

A partir do presente estudo, foi possível constatar a imperatividade na ponderação sobre o uso de alternativas aos agrotóxicos nas práticas agrícolas, considerando os potenciais danos já comprovados e, em última análise, o caráter insustentável dos métodos majoritariamente adotados no Brasil - não apenas exaurindo a capacidade produtiva das culturas, mas também privando o sujeito de direito e desrespeitando princípios do direito ambiental, à medida que promove o assolamento de fauna e flora, hidro e atmosfera. Seja sob uma visão antropocêntrica de natureza-objeto, seja sob a visão biocêntrica de natureza-sujeito, mostra-se imprescindível a busca por técnicas menos danosas ao meio ambiente. Para tanto, resta a expectativa de que futuras pesquisas aplicadas sobre o tema possam demonstrar uma projeção sobre a realidade nacional, avaliando a viabilidade de diferentes técnicas alternativas disponíveis em nosso cenário - considerando o custo-benefício de cada uma para o agricultor médio brasileiro, por exemplo.

Retomando a questão que deu início à pesquisa, "*Há alternativas viáveis ao uso de agrotóxicos atualmente?*", a resposta encontrada é "sim" - e, como tantas outras questões

em nosso país, resta conscientizar a população em geral e a difícil tarefa de provocar o interesse público para que haja a sua concreta aplicação, abdicando das centenas de liberações a cada ano para desacelerar um sistema insustentável que há muito se mostra em decadência.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). **Dossiê contra o Pacote do Veneno e em defesa da Vida!**. 1 ed. Porto Alegre: Rede Unida, 2021. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2021/07/LIVRO-DOSSIE-V8.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

AUSTRÁLIA. NORTHERN TERRITORY GOVERNMENT. **Companion planting**. 2016. Disponível em: <https://nt.gov.au/environment/home-gardens/companion-planting>. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 24.114, de 11 de abril de 1934**. Aprova o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 12 de abril de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24114.htm>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 4.074, de 03 de janeiro de 2002**. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.802, de 10 de julho de 1989**. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de julho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7802.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Informações Técnicas**. Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-agricolas/agrotoxicos/informacoes-tecnicas>. Acesso em: 05 fev. 2022.

FERRARI, Antenor. **Agrotóxicos**: a praga da dominação. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1985.

FRANCO, Caroline da Rocha; PELAEZ, Victor. **Antecedentes da Lei Federal de Agrotóxicos (7.802/1989)**: o protagonismo do movimento ambientalista no Rio Grande do Sul. Desenvolvimento e Meio Ambiente, UFPR, v. 41, p. 40-56, ago 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/48856/33402>. Acesso em: 5 nov. 2021.

G1. **Rosas protegem vinhedos e garantem qualidade de uva no Chile**. Globo Repórter. 06 jun. 2014. Disponível em: <http://glo.bo/1kHuKCl>. Acesso em: 03 fev. 2022

GALILEU. **Meio Ambiente**. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2021/07/antas-estao-sendo-contaminadas-por-agrotoxicos-no-cerrado-de-ms.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

INICIATIVA NACIONAL PARA A CONSERVAÇÃO DA ANTA BRASILEIRA - INCAB; INSTITUTO DE PESQUISAS ECOLÓGICAS - IPÊ. **RELATÓRIO TÉCNICO**: IMPACTO DE AGROTÓXICOS E METAIS PESADOS NA ANTA BRASILEIRA (Tapirus terrestris) NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, BRASIL, E IMPLICAÇÕES PARA SAÚDE HUMANA E AMBIENTAL. 2018. Disponível em: <https://issuu.com/institutoipe/docs/2018_08_-_relato_rio_te_cnico_-_agr>. Acesso em: 5 nov. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECOLÓGICAS - IPÊ. **Relatório IPÊ 2020**. IPÊ. 2020. Disponível em: <https://www.ipe.org.br/images/relatorios-2020/RA-IPE-2020.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021.

INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE AND NATURAL RESOURCES - IUCN. **Tapirus terrestris (Lowland Tapir)**. IUCN Red List. 2019. Disponível em: <https://www.iucnredlist.org/species/21474/45174127>. Acesso em: 5 nov. 2021.

LIU, Jane Alice. **Pesticides Alternatives**: organic farming. Organic Farming. 2019. Food Unfolded. Disponível em: <https://www.foodunfolded.com/article/pesticide-alternatives-organic-farming>. Acesso em: 02 fev. 2022.

MORAES, Marina Lopes de; DELMONDES, Filipe Ferreira; MATTOS, Francisco José Soller de. **Direito do Consumidor**: O uso de agrotóxicos e seus efeitos na relação consumerista. In: VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa de (Org.). Direito: da precedência à revolução. 1 ed. Ponta Grossa: Atena, 2021. cap. 9, p. 103-108. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/47923>. Acesso em: 5 nov. 2021.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. (Direito e Direitos do Homem). Tradução de: La nature hors la loi.

PAMPLONA, Ana Maria Santa Rosa. Embrapa. **Plantas companheiras na horticultura**. 2004. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/676141/plantas-companheiras-na-horticultura>. Acesso em: 04 fev. 2022.

REDAÇÃO. **Fazendas asiáticas de arroz trocam veneno por patos contra pragas**. Think! Move! Make!. 02 mar. 2019. Disponível em: <https://www.thinkmovemake.com/2019/03/3539/fazendas-asiaticas-de-arroz-trocam-veneno-por-patos-contra-pragas/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

REGISTRO de Agrotóxicos. **Ministério da Saúde**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/perguntasfrequentes/agrotoxicos/registro-de-agrotoxicos>. Acesso em: 5 nov. 2021.

REUTERS. **Tailandeses soltam milhares de patos em arrozal para combater pragas**. G1: Agro. 15 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/09/15/tailandeses-soltam-milhares-de-patos-em-arrozal-para-combater-pragas-veja-video.ghtml>. Acesso em: 02 fev. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 15.671, de 26 de julho de 2021**. Altera a Lei nº 7.747 de 22 de dezembro de 1982, que dispõe sobre o controle de agrotóxicos e outros biocidas em nível estadual e dá outras providências. Diário Oficial, Porto Alegre, 27 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=574563>. Acesso em: 15 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 7.747, de 21 de dezembro de 1982**. Dispõe sobre o controle de agrotóxicos e outros biocidas a nível estadual e dá outras providências. Diário Oficial, Porto Alegre, 22 de dezembro de 1982. Disponível em: <https://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=26682&hTexto=&Hid_IDNorma=26682>. Acesso em: 5 nov. 2021.

ROSER, Max. **Pesticides**. Our World in Data. 2019. Disponível em: <https://ourworldindata.org/pesticides>. Acesso em: 5 nov. 2021.

RÁDIO USP. **Agrotóxicos causam danos na fisiologia de animais aquáticos**: Segundo Cláudia Bueno dos Reis Martinez, alterações causam impacto no crescimento e comportamento das espécies analisadas. Jornal da USP. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/agrotoxicos-causam-danos-na-fisiologia-de-animais-aquaticos/>. Acesso em: 3 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THE GUARDIAN. **Environment**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2021/aug/14/weedkilling-robots-farming-pesticide-use-sustainable>. Acesso em: 29 ago. 2021.

UNITED NATIONS (UN). **Report of the Special Rapporteur on the right to food**. United Nations. General Assembly, 2017. 24 p. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/017/85/PDF/G1701785.pdf?OpenElement>. Acesso em: 5 nov. 2021.

UNITED NATIONS. **UN human rights experts call for global treaty to regulate dangerous pesticides**. UN News. 2017. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2017/03/552872-un-human-rights-experts-call-global-treaty-regulate-dangerous-pesticides#.WMDpKhiZO8o>. Acesso em: 3 jan. 2021.

VIEIRA, Carlos Eduardo Delfino et al. **An integrated approach in subtropical agro-ecosystems**: Active biomonitoring, environmental contaminants, bioaccumulation, and multiple biomarkers in fish. Science of the Total Environment, v. 666, p. 508- 524, 20 mai 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2019.02.209.> Acesso em: 5 nov. 2021.

WORLDOMETER. **Pesticide Use By Country**. Worldometers.info. Delaware, USA, 2021. Disponível em: <https://www.worldometers.info/food-agriculture/pesticides-by-country/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

XERCES SOCIETY. **Organic Pesticides**: minimizing risks to pollinators and beneficial insects. Disponível em: <https://xerces.org/publications/guidelines/organic-pesticides>. Acesso em: 29 ago. 2021.

CAPÍTULO 6

DIREITO ANIMAL E A HERMEUTICA: O ELO CONTEMPORANEO NA BUSCA DA DEFESA DOS SERES SENSCIENTES

Data de aceite: 01/04/2022
Data de submissão: 27/01/2022

Mariana Monteiro Pillar
Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Faculdade Dom Alberto; Pós-Graduanda em Direito Ambiental pela Faculdade Dom Alberto; Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Dom Alberto; Graduada em Direito pela URI-CAMPUS Santiago; Técnica em Administração pelo IFFAR-SVS; Membra do Grupo de Estudos e Pesquisa GPDA/UFSM
Jaguari/RS
http://lattes.cnpq.br/7401304604717406

RESUMO: O presente artigo visa analisar a relação ética social dos humanos com os animais, bem como a evolução do direito social na sociedade, além do importante papel desempenhado pelo direito contemporâneo através da hermenêutica apontando situações que a interpretação garante aos animais direitos fundamentais a vida digna. Para responder à questão levantada utilizou-se o método monográfico e documental indireta, como procedimento, pesquisa monográfica documental. Técnica cinge-se na construção de fichamentos e resumos estendidos. Como resultado, objetivando responder o problema que induziu esta pesquisa verificou-se que embora exista precedentes que permitam ao judiciário utilizar a analogia em prol dos animais, isso não ocorre com frequência por conta da liquidez na relação social entre os animais e os humanos. Concluindo-se assim que é preciso um aprimoramento nas relações jurídico sociais, a fim de garantir aos animais o direito a uma vida digna, conforme expresso comando constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito dos Animais, Relações Sociais, Dignidade, Constituição Federal.

ANIMAL LAW AND HERMENEUTICS: THE CONTEMPORARY NEXUS IN THE SEARCH FOR THE DEFENSE OF SENTIENT BEINGS.

ABSTRACT: This article aims to analyze the ethical social relationship of humans with animals, as well as the evolution of social law in society, in addition to the important role played by contemporary law through hermeneutics, pointing out situations that interpretation guarantees animals fundamental rights to a dignified life. To answer the question raised, the monographic and indirect documentary method was used, as a procedure, documental monographic research. Technique is limited to the construction of annotations and extended summaries. As a result, in order to answer the problem that induced this research, it was found that although there are precedents that allow the judiciary to use the analogy in favor of animals, this does not happen often because of the liquidity in the social relationship between animals and humans. In conclusion, there is a need for an improvement in legal and social relations, in order to guarantee animals, the right to a dignified life, as expressed in the constitutional command.

KEYWORDS: Animal rights, Social relationships, Dignity, Federal constitution.

1 I INTRODUÇÃO

Inicialmente, com a finalidade de

apresentar o tema em estudo, faz-se necessário realizar algumas conceituações acerca do direito animal. Direito Animal define-se como sendo o direito tutelado pelos seres que não fazem parte da espécie homo sapiens. O direito dos animais se apresenta pouco a pouco para a sociedade trazendo reflexões sobre a vida animal, além da insistente busca pelo afastamento doantropocentrismo primário.

Dessa forma o tema a ser abordado neste artigo visa demostrar a possibilidade de fazer uso das leis em proteção da dignidade da pessoa humana, por analogia ou interpretação para resguardar a vida dos animais, frente aos descasos ainda presentes em pleno século XXI. Frente ao exposto, com o intuito de situar o leitor no contexto atual, o estudo do presente artigo tratará acerca do surgimento histórico do direito animal, além de noções ético filosóficas, passando pela magna carta e a histórica Declaração Universal dos Direitos dos Animais e sua fundamental importância no reconhecimento do valor intrínseco deles enquanto sujeitos de direitos.

Na sequência será estudado a fragilidade da relação humana com os animais em uma sociedade líquida, bem como o senso ético acerca do pacto social idealizadono sentido de que os caninos são amados, os suínos são consumidos e os bovinos vestidos. Por fim, analisada a necessidade de uma homogeneidade nos tratamentos destinados aos animais, alicerçado a comprovação da capacidade de sentir e a necessidade de combater todas as formas de desigualdades nas relações sociais dosseres.

2 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

No século V a.c, na Grécia Antiga, viveram os sofistas, grandes mestres na arte de ensinar. Nesse período, por meio das considerações filosóficas feitas por estes, seconsolidou definitivamente a ideia do homem no centro do universo, ou seja, é possível afirmar que o antropocentrismo está intimamente ligado com os sofistas. Um de seus principais líder Protágoras de Abdera já fazia afirmações no sentido de que a única verdade existente é aquela que o homem profere a partir de seu interesse, poisesse teria a capacidade de moldar o mundo da maneira que lhe fosse mais vantajosa. Assim, se difundiu através dos anos essa percepção, de que o homem detinha poder,para fazer o que melhor satisfizesse seus interesses. Observa-se claramente que os sofistas desvincularam o homem da natureza, fazendo com que essa relação ficasseirregular. (FERREIRA, 2014).

Corroborando com os sofistas, um século depois, surgiu Aristóteles, com sua obra A Política, difundiu a barbárie a qual se espalha até os dias atuais, onde o filósofofez a seguinte afirmação acerca dos animais: “um escravo na sociedade, tendo com única finalidade servir o homem, é um bem útil para a alimentação, matéria prima, uso diário, vestuário.” (ARISTÓTELES, apud FERREIRA, 2014, p. 57). Os posicionamentos ora defendidos por Aristóteles criaram a ideia de que o mundo estava à disposição do homem, logo esse imperava sobre a natureza e consequentemente sobre os animais. O homem por seu

caráter egoísta escolheu romper com a harmonia das espécies e acabou por renunciar à parcela da natureza. (RODRIGUES, 2008). Logo, a partir de seu desdenho com os semelhantes, criou a concepção de que era um ser único, acreditava que haviam sido beneficiadas frente às demais espécies, passando a agir como sendo o centro do mundo. (FERREIRA, 2014).

Sobre o tema em questão, a ideia da superioridade humana, foi difundidasimilarmente em diversas doutrinas religiosas, como forma de consagração de Deus, pois sendo ele a imagem e semelhança dos homens, como poderiam os homens ser rebaixados aos mesmos patamares dos animais. (FERREIRA, 2014). Singer (2013) corrobora com tal afirmação ao mencionar em sua obra uma passagem bíblicaque afirma que a concepção de superioridade conferida à humanidade por Deus, garantiu-lhes uma posição de predominância e domínio sobre as demais coisas vivas.

Indubitavelmente, as tradições aristotélicas aliadas ao cristianismo espalharam a ideia do subalterníssimo dos animais não humanos, frente ao homem, logo, tais heranças acarretam consequências que se potencializaram ao longo dos anos e penduram sequelas para o presente. Entretanto, Singer, afirma que as concepções que as gerações passadas detinham acerca dos tratamentos que deveriam ser dados aos animais, não convencem mais, tendo em vista que essas estavam alicerçadas como visto, em estudiosos, hoje obsoletos, logo tais entendimentosdevem ser abandonados (SINGER, 2013).

Desse modo, embora que os pensamentos arcaicos desses estudiosos, aliados a religião, atribuíram aos animais o estereótipo de que devido a sua natureza, esses devem servir ao homem, sendo normal sua exploração ou comercialização, para fiz de satisfação social, esse entendimento deve ser substituído pelo ideal da igual consideração para interesses semelhantes. O princípio da igual consideração necessita urgentemente se sobre pôr ao antropocentrismo/cristianismo de uma vez por todas, para então garantir aos animais uma relação minimamente justa. (RODRIGUES, 2012).

O Brasil, desde a colonização até os dias atuais, ainda está dando os primeiros passos na busca da proteção ambiental, não tendo ainda alcançado a força necessária para garantir a preservação indispensável para assegurar dignamente os direitos aos animais. Uma vez que a história brasileira é marcada a ferro, machado, motosserra, fogo das queimadas e das chaminés e pelo antropocentrismo social. (AUDEBERT 2007).

O surgimento da consciência ecológica é fator predominante para se conseguir atingir melhorias ao meio em que os animais estão inseridos como também no vínculo humano/animal. A comprovação da possibilidade de existir uma relação respeitosa e harmônica entre espécies distintas advém dos estudos dos povos da antiguidade, pois eles não agrediam a natureza indiscriminadamente, apenas buscavam nela a própria sobrevivência da espécie. (SIRVINSKAS 2002).

Desta forma, a percepção de proteger o meio ambiente como um modo de equilíbrio social entre todas as formas de vida do planeta, especialmente na busca pomaior estabilidade

na vida dos animais, fez surgir uma nova noção de ética. Trazendoentão uma ideia de ética, não apenas no que é moral, mas sim, a partir do conceito de vida e dignidade. Com esse novo conceito, a ética deixa de lado o conceito de proteção ambiental em razão da sociedade humana, mas agora em razão de umconjunto em que os animais estão inseridos. (REGINA e SOUZA, 2019).

A visão voltada à defesa aos animais advém do pensamento de repúdio a qualquer tratamento desumano, introduzido por Primatt e propagado de forma morosa ao longo dos anos. Uma vez que o pensamento voltado aos animais no século XX acabou por se generalizar e conceitos foram se transpondo. Conceitos de direito ambiental e direito animal eram deduzidos como sinônimos. Tal situação exigiu que adeptos da causa brindassem os animais com conceitos mais objetivos. (MÓL e VENANCIO, 2014).

Foi então, a partir da década de setenta, que o panorama dos animais enquanto sujeitos de direitos mudou essencialmente. Ativistas do tema introduziram argumentos de que apenas a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, oferta de condições de vida sem dor ou ainda moralmente corretas no olhar da sociedade, não garantiriam a proteção aos interesses dos animais. (SANCHES e FERREIRA, 2014). O principal ativista da aludida década foi Peter Singer, o qual buscou formular o princípio da igual consideração de interesses de semelhantes, embora já existissem legislações de amparo aos animais nesse estágio, as quais serão tratadas no próximocapítulo, tais direitos eram pouco lembrados.

Visando tornar a igual consideração de interesses um instrumento que deveriaser usado pelo direito como forma de acompanhar as transformações sociais, Singerclamou por mudanças e adequações com a finalidade de ajustar aos novos padrões. (DUARTE e GOMES, 2016). O principal interesse moral do referido princípio era evitar a dor e o sofrimento. Por essa razão o nome auferido ao princípio, igualdade de consideração, pois se ao homem é errado causar dor e sofrimento, porque ao animal não é. (SANCHES e FERREIRA, 2014). À luz do exposto, Peter Singer, afirma que:

> Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para a recusa de tomar esse sofrimento em consideração. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que o sofrimento seja levado em linha de conta em termos igualitários relativamente a um sofrimento semelhante de qualquer outro ser, tanto quanto é possível fazer comparações próximas. (SINGER, 1994, p. 138).

Para o referido filósofo, a discriminação entre espécies, conceituada por ele mesmo como especismo, deve ser deixada de lado, lançando, portanto, um novo modo de conceber a relação para com os animais não humanos. Peter buscou em sua teoria defender o tratamento ético para com os animais, assim como para os humanos. Dessa forma, tal premissa é caracterizada como o pilar moral básico de igualdade.

Analisando detidamente a relação social é notório que após a segunda guerra

mundial a sociedade engatinhou na busca pelo crescimento e a segurança coletiva. Isso demonstra que a ascensão da humanidade de forma livre também ocorreu tardiamente. Foi necessária muita determinação e resistência. Segundo Bauman nãoexiste um caminho para alcançar a liberdade a não ser por meio da submissão as relações sociais, pois a irônica busca por normas regulamentadoras de direitos "capacitam tanto quanto incapacitam". (BAUMAN, 1999).

Tal afirmação não é diferente nos direitos tutelados aos animais, pois existem normas que asseguram direitos aos sencientes, bem como deveres da sociedade paracom eles, porém, o problema advém do fato de que se a sociedade não estiver disposta a promovê-los de nada adianta as normas criadas em prol dos animais. Visível, portanto, que os animais se encontram aprisionados no tênue espaço entre anorma e o homem, uma vez a real efetivação só ocorrerá com o selar de mãos a fim de estreitar essa relação social.

Bauman (1999) afirma que a liquidez nas relações sociais ocorreu de forma gradativa e se intensificou quando as pessoas deixaram de questionar suas atitudes com os semelhantes. Ainda, Bauman ao apropriar-se das palavras de Torqueville, afirma que as pessoas mesmas se tornam indiferentes, "uma vez que o cidadão é o pior inimigo do cidadão". Porém, para Francione embora a relação entre os cidadãos seja conflituosa, mesmo assim todos os humanos concordam que "todos os humanosdevem ser protegidos do sofrimento". Entretanto, quando diz respeito aos animais, essa afirmação não ocorre. (FRANCIONE, 2015).

Diante desse cenário a problemática envolvendo as pessoas e o animal se mostra ainda mais turbulenta, pois sendo o cidadão o pior inimigo de si próprio comoafirmado, qual esperança resta de sua relação com os seres não humanos. Dessa forma é notório que o egoísmo humano na busca de um progresso a qualquer custo,acarretou não apenas na fluidez das relações, mas também em uma ruptura com a natureza e com todos os seres não humanos. Wolf clama por um contrato social queinclua os animais na sociedade enquanto sujeitos de direitos reconhecidos, uma vez que a dignidade deve ser estendida a todo o ser com capacidade de sentir. Karen explica o motivo de seu clamor, para a autora a garantia de direitos fundamentais ocorre após o reconhecimento do direito a um tratamento digno, visto que "é preciso reconhecer que há sempre um direito antes do direito". (WOLF, 2019).

Por essa razão que é essencial a apropriação do direito no campo do direito animal, uma vez que desde as primeiras civilizações o direito regulamente relações conflituosas. Rodrigues ensina que o direito nasceu para assegurar o equilíbrio entrerelações, mediante a imposição de regras e deveres. Dessa forma a concepção de direito pode se dar de diversas formas, dentre elas destacam-se a conduta imperativa,o direito objetivo e o direito como fenômeno social. Assim na busca de solidificar a liquidez da relação homem/animal é necessário fazer uso das três formas conjuntamente. A fim de ordenar a vida e a sociedade como fenômeno social não especista visando direitos fundamentais também aos animais.

(MEDEIROS, 2019).

Como visto o conceito da palavra especismo foi criado por Singer, segundo o autor, especismo é um preconceito tendencioso, em linhas gerais estão associadas às atitudes favoráveis dos seres humanos em detrimento do interesse da própria espécie.Ocorre que após uma breve análise nas relações do homem com os animais é notória a seleção especista que o ser humano realiza na sociedade animal. (SINGER, ANO). Melanie Joy (2014) elucida de forma célere em sua obra essa preferência, segundo Joy a maneira como o animal é visto pela sociedade de modo geral determinada como será a relação, vez que são os pensamentos e as sensações que comandam o agir humano.

Entretanto, sendo o agir humano influenciado pelo sentimento que cada animal desperta no inconsciente do homem, logo ao avistar um bezerro recém-nascido as maiorias das pessoas irão sentir ternura, porém ao avistar uma vaca adulta sendo encaminhado para o abatedouro, o sentimento é de indiferença, tendo em vista ser uma prática comum. Ocorre que na maioria das vezes não existe a ligação fática de que o bezerro que despertou o sentimento de ternura, agora cresceu e será servido no prato de forma suculenta. (JOY, 2014).

Todavia, se realizar o mesmo processo, mas agora com um bebê canino, o sentimento inicial certamente será o mesmo, ternura, porém as diferenças começam a surgir, quando visualizado um cachorro adulto prestes a ser abatido para servir de alimento. A comoção social certamente ocorrerá, devido à percepção de que os caninos fazem parte da vida humana, não como fonte de alimento, mas sim como membro da família. Assim, segundo Joy (2014) a sociedade é alicerçada em uma cultura em que é rotineiro comer vacas, mas não cachorros, por essa razão vacas sãovistas como comestíveis.

Diante desse cenário, resta visível que a sociedade comente o especismo animal, ao classificar qual animal será destinado a ser alimento e qual será sua companhia fiel, entretanto, não porque consideram vacas e cachorros seres extremamentediferentes, mas sim porque é uma ideologia transposta a milhares de anos na sociedade, dessa forma se torna invisível. (JOY, 2014). Rodrigues corrobora com o posicionamento ora defendido, ao afirmar que não pode existir valoração distinta entre vidas animais, porém como visto o ser humano, por entender ser superior as demais espécies, acaba escravizando os seres sencientes.

Nesse tocante, resta demonstrado que o senso ético humano acaba se degradando na medida de suas necessidades, pois embora considerando um bezerro essencialmente adorável ao nascer, despreza sua mãe e a consome de forma hostil.Ao passo, que escolhe os caninos para suprir suas carências afetivas e os elegem como membros das famílias. O direito animal tem a missão de estreitar a relação homem/animal com o dever de demonstrar que a valoração da vida de uma vaca e de um cachorro devem ser as mesmas, visto se tratar de dois seres sencientes, que possuem sentimentos de dor e prazer nas mesmas intensidades, a única diferença éa percepção que a sociedade tem de cada um deles.

A fim de zelar pelo direito em estudo, em 1970 buscou-se padronizar o reconhecimento universal da proteção destinada aos animais e criou-se a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, com intuito de sanar omissões, bem como a ineficiência das políticas públicas e o persistente pensamento antropocêntrico. A referida asserção estabeleceu fatos e fundamentos que são considerados maus- tratos, dentre eles destacam-se, a irregularidade no que tange a alimentação e a hidratação dos animais, bem como o aprisionamento em correntes, a sujeição do animal em pequeno espaço, além de negligências quanto aos auxílios veterinários. (AUGUSTO, 2018).

A propósito do assunto, Sergio Augusto (2018), faz uma breve análise crítica acerca dos artigos da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, fazendo necessário expor alguns desses, seguido da crítica do autor, senão vejamos:

> *Art. 1º - Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos* à *existência.*
>
> Frase clamada por todos e que a princípio todos concordam e aplaudem. (...) Infelizmente, para os outros animais terem algum sentido a sua existência, sob a perspectiva do humano antropocêntrico e especista, necessariamente, eles precisam servir para alguma coisa aos humanos. (AUGUSTO, 2018, p. 78)
>
> *Art. 3º Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis.*
>
> A necessidade de matar o animal não pode ser por motivos fúteis ou desnecessários. Assim como os direitos humanos não tolera a tortura, eles devem ser estendidos também aos outros animais. O confinamento que não seja para o interesse do animal deve ser considerado maus-tratos. (AUGUSTO, 2018, p. 80)
>
> *Art. 6º Todo o animal que o homem escolheu para seu companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme a sua longevidade natural. Oabandono de um animal* é *um ato cruel e degradável.*
>
> Artigo com destaque para cães e gatos, mas pode ser ampliado a outros animais (...). O ato de escolher um animal de companhia não deve ser por critério de status social (raça), por carência afetiva ou para usar como segurança nas residências. (AUGUSTO, 2018, p. 83)

De se destacar que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, elegeu em seu artigo último um princípio de transcendente importância ao declarar que os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, assim como os direitos dos homens, ou seja, de acordo com a presente declaração, não existem motivos para ocorrerem distinções na aplicabilidade da lei em vigor, seja na esfera dos direitos dos homens, seja em defesa aos animais. Dessa feita, os direitos enunciados aos animais possuem o comprometimento de motivar o desenvolvimento na seara da proteção jurídica destinada aos seres não humanos. (AUGUSTO, 2018).

Contudo, embora a Declaração Universal dos Direitos dos Animais tenha sido criada com a finalidade de garantir direitos aos sencientes, infelizmente, devido ao especismo social, a real efetivação não foi alcançada. Após estudos restou constatado que o conceito

de espécie é o fator que diferencia os homens dos animais. Entretanto, Francione (2015) defende que a igualdade de direitos buscada, independe de qualquer diferença, logo, moralmente não é possível aceitar a exclusão dos animais do arcabouço dos direitos humanos, levando em conta a diferença na espécie, pois se a raça não é justificativa para a escravidão. O especismo também não pode ser desculpa para a desconsideração da personalidade jurídica dos animais.

Para tanto, a magna carta trouxe a autonomia ao direito animal, pois ao fazer uma breve regressão na história do Brasil e suas constituições, mais precisamente no ano de 1824, depara-se com a criação da primeira Constituição do Brasil, intitulada de Constituição Política do Império brasileiro. Como é de se esperar a referida não possuía nenhuma previsão em matéria animal. Mais de meio século se passou e marcada pela transição histórica do Brasil Monárquico para o Republicano, foi realizada a promulgação da segunda Constituição do Brasil, denominada Constituiçãoda República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. A histórica Constituição não fezreferência alguma ao meio ambiente, quem dirá aos direitos dos animais.

Acompanhando esse seguimento, as três subsequentes, de 1934, 1937 e 1946, mantiveram-se inertes sobre o tema. Entretanto foi a Constituição de 1967, após sofreruma robusta Emenda Constitucional que alterou substancialmente seu artigo 172, marcando um grande avanço no tocante ao futuro do direito ambiental e consequentemente ao direito animal, pois foi incorporada ao texto constitucional a expressão “ecológica”.

Com essa breve dilação é possível perceber que a visão antropocêntrica sempre se fez presente na construção das leis maiores que regeram o país ao longodos séculos, porém, o cenário mudou significativamente, em uma linda quarta-feira ensolarada quando floresceu a Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo a proteção jurídica aos animais como um preceito idôneo, em seu artigo 225. O referidoartigo abarca em seu §1º, inciso, VII, o status jurídico reconhecido aos animais e a possibilidade de uma grande interpretação da norma jurídica quanto ao tema. (SANCHES e FERREIRA, 2014).

Ainda de acordo com Sanches e Ferreira (2014), baseada em uma árdua luta em reconhecimento dos direitos dos animais enquanto detentores de prerrogativas, a Constituição Federal de 1988 elegeu parâmetros normativos de repúdio e proteção aos animais contra qualquer forma de maus tratos. Dessa forma, para o ordenamentojurídico brasileiro, esse foi efetivamente o início do direito animal em solo canarinho, como ramo autônomo e fundamental, pois conforme se verificou a contar da constituição do império até a antecessora não havia relatos quanto as imunidades direcionadas aos não humanos.

Sendo assim, a autonomia do direito animal advém da promulgação da MagnaCarta de 1988, pois nela foi esculpido o direito fundamental destinado aos animais, embora que ainda para a maioria da sociedade leiga o declarado direito seja apenas uma utopia dos ativistas (AUGUSTO, 2018). Por essa razão, o conceito de direito animal atribuído por Medeiros busca “consideração do valor intrínseco da vida animalque merece ser respeita e

garantida". Portanto, a autonomia do direito animal tem o intuito de minimizar o sofrimento, além de maximizar a esperança de mudanças na forma do legislador e da comunidade compreender o direito. (MEDEIROS, 2019). Porsua vez, Vicente Ataíde Junior, descreve o direito animal como "o conjunto de regras e princípios que estabelecem os direitos fundamentais dos animais não humanos, considerados em si mesmos".

O direito enquanto ramo autônomo para Duarte e Gomes (2016), alcança duas perspectivas, quais sejam: "proteção dos animais abstratamente, enquanto partes de um ecossistema e a proteção dos animais individualmente considerados enquanto seres capazes de sentir prazer e dor". No presente estudo será retratada a segunda perspectiva adota, pois, a proteção aos animais, sustenta-se na proibição da crueldade, fazendo-se notória a importância de tal posição ser mantido pelo legisladorno momento da aplicação dessa garantia, a fim de promover mudanças na visão global, para fazer cumprirem-se anos de lutas em busca do reconhecimento a cada animal que se encontra em situação de vulnerabilidade (DUARTE e GOMES, 2016).

Entretanto, argumentos no sentido de que esses não possuem racionalidade, ainda se fazem presentes, demonstrando que embora a constante evolução, a legislação até então se monstra intimamente entrelaçada com o especismo antropocêntrico, uma vez que o pensar no direito de forma individual, de acordo coma necessidade de cada ser é uma barreira, pois para os retrógados, o pensamento apenas de proteção ao ecossistema, já seria o suficiente para alcançar os animais deforma abstrata. (REGINA e SOUZA, 2019).

Assim, com o objetivo de elevar os animais à categoria de sujeitos de direitos em julho de 2012, por meio da Declaração de Cambridge, a qual o Brasil é signatário, restou comprovado por meio do estudo de três neurocientistas a capacidade de sentirdos animais. Sendo a senciência a capacidade experienciada a partir dos sentidos de forma consciente, o estudo comprova que um ser não pode ser uma coisa, se essetem uma mente. (SOUZA, 2019). Logo, a referida declaração concluiu o que segue:

> "animais não humanos possuem os substratos neuro anatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos dos estados da consciência, juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso da evidência indicada que os humanos não são os únicos a possuir substratos neurológicos que geram consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e aves, e muitas outras criaturas,incluindo polvos, também possuem esses substratos". (SOUZA, 2019. p.09).

Nesse sentido, restou declarado que os animais, assim como os humanos possuem substratos neurológicos, consequentemente, as ações por eles praticadas, são tão intencionais quanto às humanas, pois são dotados de consciência. Demais, asenciência, conceito adjetivado, criado para descrever a capacidade de ter sensaçõesé relacionada aos animais, sendo, portanto, seus conceitos relacionados intrinsecamente a Declaração de Cambridge para expressar os efeitos do dor, prazer,medo e demais sentimentos iguais aos humanos, quando submetidos aos estímulos correspondentes. (SOUZA, 2019).

Ainda, segundo Souza (2019), embora o conceito de senciência seja semelhante ao conceito de capacidade de sofrer, este se torna mais amplo, uma vezque abrange também a capacidade de memória afetiva do animal. Logo, considerandoa similaridade entre os animais e os seres humanos, um animal, quando abandonadoou submetido a maus tratos, possui a habilidade de experimentar o que está acontecendo consigo. Assim sendo, reconhecer que os animais são seres capazes de sentir, implica dizer que os animais são seres dotados de capacidade, logo, são seres que precisam ter seus direitos reconhecidos e assegurados. (FRANCIONE, 2019).

Titan (2021) corrobora com as afirmações acima aduzidas, ao afirmar que reconhecer a consciência animal é fundamental, pois atribui a eles a notória capacidade de sentir de forma racional aos estímulos que forem submetidos, sejam sensações boas ou ruins. Logo, com inigualável força, atribui ao homem, uma maior responsabilidade para com os animais, desempenhando, portanto, a senciência papel fundamental para o reconhecimento dos direitos fundamentais destinados aos animais.

Feitas tais considerações, tem-se por demonstrada a probabilidade do direito invocado, ainda que senciência pareça ser um conceito bastante aberto dentro da busca pelo direito animal, os animais que possuem direitos são todos aqueles que possuem as mesmas características. Logo, cabe o esclarecimento de quais são esses animais considerados sencientes, embora a ciência ainda seja limitada nesse esclarecimento algumas evidências comprovam que todos os vertebrados sãosencientes, muitos insetos, animais como os polvos e crustáceos. (CARDOSO, 2021).

Diante desse cenário conclui-se que os direitos dos animais dizem respeito aos direitos dos seres sencientes. Waleska questiona o inevitável, e quanto aos demais animais, um direito que se intitula Direito dos Animais, não deveria proteger as demaisespécies não consideradas sencientes? E para a pergunta, traz a resposta. Para a referida autora é necessário fazer uso de um princípio do direito, qual seja, o princípioda precaução, o qual é utilizado de acordo com a natureza fática do cenário e na dúvida utiliza-se o direito para benefício do ser. (CARDOSO, 2021)

Não diferente, portanto, seria o direito ao dispor de demandas em que não existe a certeza acerca da senciência dos animais, pois diante da verossimilhança dos casos concretos, interpretando o princípio da precaução, far-se-ia uso do direito paraa defesa de todos os animais que do mesmo necessitasse, sendo eles sencientes ounão. Em termos práticos, significa dizer que o intuito da defesa dos animais é combatero antropocentrismo e o especismo, logo, se o próprio direito que visa combater as correntes supramencionadas especificar quais os animais que esse irá proteger e qualirá deixar a mercê da maldade humana, manifestado direito estará desestruturado desua matriz filosófica, não fazendo mais sentido a referida luta. (CARDOSO, 2021).

Toda via o que se busca é o reconhecimento da dignidade intrínseca de cada animal, com a finalidade de criar alicerces em uma justiça interespécies, que vise

considerar as particularidades de casa ser, para fixar direitos fundamentais, análogos as suas necessidades, por conseguinte considerando a personalidade jurídica dos animais é preciso que lhes seja outorgada um catálogo mínimo de direitos fundamentais, inerentes a sua espécie. (MEDEIROS, 2019). Augusto (2018) reforça a presente argumentação, ao declarar o que segue:

> Homens e mulheres são seres semelhantes; semelhantes, obviamente, não quer dizer iguais, pois existem diferenças distintas. Há direitos para as mulheres que não fazem sentido para os homens. Homens e mulheres por serem semelhantes em alguns aspectos, pelo fato de humanos também pertencerem ao reino animal, ou seja, somos animais (para muitas pessoas causa repúdio ou é visto como algo pejorativo). Da mesma forma para homens e mulheres, para os outros animais também devem existir alguns direitos comuns e outros distintos. Quando nos referimos ao princípio básico de "igualdade para homens e mulheres", não quer dizer literalmente "tratamento igual" e sim, igualdade de consideração. O princípio básico de igualdade de um grupo para outro depende da natureza dos membros, pois existem diferenças que devem ser consideradas para um tratamento distinto (equidade). (AUGUSTO, 2018, p. 37-38).

Nesse sentido, o que se busca é retrata as semelhanças existentes entre os seres humanos e os não humanos. Como visto, a expressão semelhança é diferente da palavra igualdade, entretanto, existe um ponto de intersecção entre ambas, ocorre que antropocentristas alegam a existência de diferenças absolutas entre homens e animais, sendo assim, essa justificativa já seria suficiente para negar-lhes garantias. Contudo, ocultam a informação que também pertencem ao reino animal, se mostrando diferenciados apenas porque tidos como sociáveis. A vista disso, não há razões pararestringir a aplicabilidade dos direitos humanos, aos animais, quando esses seencontrarem em situações que permita a utilização do mecanismo de defesa destinado aos homens também aos não humanos.

Dessa forma é possível concluir, que a Magna Carta atribui dignidade a vida animal e os elegeu como sujeitos de direitos, quando proibiu a crueldade contra esses,fazendo brotar, dessa maneira, a autonomia do direito dos animais na sociedade contemporânea. Porém, sem o apoio dos aplicadores do direito, a Constituição Federal não possui força suficiente para promover a proteção do bem jurídico animalde maneira eficiente. Logo, é preciso usar de ferramentas jurídicas como a hermenêutica jurídica, a analogia, o direito comparado e a jurisprudência existente, para consumar a autonomia do direito animal expresso na carta maior. (REGINA e SOUZA, 2019).

Nessa direção, as discussões frente aos direitos dos animais são emblemáticas, uma vez que o ordenamento civil os considera como coisa. Assim, tendo em vista que até o presente momento a condição codificada ainda é utilizada como regra, resta impedido, reconhecer seus interesses enquanto sujeitos de direitos, pois ocorre um conflito aparente entre normas. Enquanto para o Código Civil os animais são coisas, a Constituição Federal em seu artigo 225, parágrafo 7, elenca direitos fundamentais aos animais. (FRANCIONE,

2015).

Importa destacar que o homem é um ser que visa o lucro acima de qualquer princípio, logo se os animais representam valores e geram riquezas, possuem a natureza jurídica de bens, sendo, portanto, considerados como propriedade. Nesta senda, sendo reconhecidos seus direitos, esses deixariam de ser propriedade humana, em consequência o capitalismo restaria prejudicado. Em contrapartida, Rodrigues, afirma que é impossível valorar a vida de um animal, por esse possuir natureza *sui gereis*. No entanto na prática, esses são considerados ainda, como produtos de mercado com mero valor comercial. Por certo, um animal não deveria possuir valor econômico, ocorre que, a partir do momento em que o animal-humano passa converter suas características em lucro financeiro, acredita que esse passa a ser suapropriedade e fazer parte de seu capital. (RODRIGUES, 2012).

Face ao exposto, a concretização dos direitos dos animais está principiando na busca pela proteção integral, a fim de acelerar o processo faz-se necessário utilizar dos mecanismos oriundos da hermenêutica jurídica e da interpretação análoga da norma, para redirecionar o direito denominado do homem, agora também aos animais.Nesta perspectiva, de acrescentar como bem pontuado por Rodrigues “O direito protege o homem porque assim o homem quer. Pode o direito, no entanto, proteger os animais em querendo ou não o homem”. (RODRIGUES, 2012, p.111). Consoante leciona Carlos Maximiliano, ao afirmar que embora toda a norma ao ser elaborada passe por uma série de intérpretes e de possíveis situações em que caberá sua aplicação, após ser publicada é que surgem então, as dificuldades e dúvidas frente aos casos concretos. (MAXIMILIANO, 2013).

Desta forma, embora o ordenamento brasileiro considere os animais como meras coisas, a magna carta, que deve ser o eixo do sistema, os evidenciam como sujeitos de direitos, devendo, portanto, prevalecer tal entendimento sobre aqueles que a contrariam. (FERREIRA, 2014). Diante deste cenário, Medeiros é otimista ao afirmar que os animais enquanto sujeitos de direitos já são realidade por grande parte dosdoutrinadores jurídicos de todo o mundo.

3 I CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo discutir a judicialização dos direitos dos animais, buscando, com isso, averiguar as possibilidades de fazer valer o direito em favor dos animais, fazendo uso da hermenêutica jurídica como ferramenta capaz de garantir a igualdade de consideração entre a vida humana e a vida animal, para tanto foi analisado a legislação e as doutrinas pertinentes ao tema. Diante dessa realidade, buscou-se trazer à tona o contexto social e jurídico em que os animais estão inseridos.

Analisando a trajetória histórica do tratamento dispensado aos animais, verificou-se que, ao longo do tempo, eles enfrentaram, e ainda enfrentam uma série de dificuldades que teve início ainda com Aristóteles, que os considerava escravos da sociedade, passando

pelo cristianismo, que difundiu a ideia do antropocentrismo, seivada até hoje na sociedade contemporânea.

Assim, compreendeu-se que, embora a idade média hoje seja apenas história, ainda é possível encontrar defensores assíduos desse tempo, logo, alcançar a desconstrução do antropocentrismo no seio da sociedade e garantir aos animais seus direitos enquanto sujeitos capazes de sentir, que possuem um fim em si mesmo é uma incansável batalha social, moral e judicial. Dessa maneira, a relação da sociedade com os animais foi sendo construída primeiramente com a visão de subalterníssimo dos animais frente aos humanos, com o passar dos séculos começou a se pensar sobre a igualdade de consideração entre as espécies e graças à continua e dinâmica evolução da sociedade afastou a individualização entre grupos e aceitou gradativamente os animais enquanto seres detentores de direitos. Ao mesmo tempo, em que a consciência ecológica se mostrou como fator predominante na melhoria da existência animal.

No intuito de concretizar essa proteção, ativistas da causa animal na década de setenta, como Peter Singer, introduziram o argumento fundamental, qual seja, a igual consideração de interesses semelhantes, assim buscou-se tutelar direitos aos animais nunca alcançados, por meio da ascendência da possibilidade da proteção jurídica aos animais. Visto que até então as ideias difundidas pelo cristianismo acabaram determinando o comportamento da sociedade.

Na intensão de sanar omissões ocorreu a promulgação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 1970, em que estabeleceu fato e fundamentos considerados como maus-tratos além de estabelecer direitos e garantias destinadas aos animais não humanos que devem ser defendidos por leis. O que consolidou o entendimento que não é plausível ocorrer a distinção da aplicação das leis para os humanos ou para os animais.

O marco histórico do direito animal no Brasil ocorreu por meio da promulgação da Constituição Federal de 1998, visto que essa dispunha de um capítulo destinado a proteção dos animais enquanto sujeitos de direitos, esculpindo, portanto, o direito fundamental destinado aos animais. Assim, a magna carta outorgou aos animais dignidades reconhecidas e inabaladas.

A partir do estudo realizado, foi possível perceber que essas mudanças possibilitaram um aumento na proteção dos animais baseado em um conjunto normativo que ampliou os direitos dos seres sencientes, assim como tornou dever do Estado à questão do valor da vida animal, o posicionamento defendido é que a proteção deve se estender a todos os seres capazes de emitir sentimentos, sejam eles humanos ou animais, logo é dever do Estado efetivar essa proteção, visto que tal comando está expresso na Constituição Federal.

No que diz respeito, especificamente, aos seres sencientes em 2012 restou comprovado por meio da Declaração de Cambridge, que os animais assim como os seres humanos possuem neurotransmissores, o que faz com eles tenham a perfeita percepção

acerca dos estímulos aos quais é submetidos, faltando aos animais apenas a fala, para se igualar aos humanos. Por meio da presente pesquisa, ficou demonstrado que o direito animal, embora em passos lentos, vem ganhando espaço na sociedade, espaço esse suficientes para salvar vidas que se encontravam violados. Os seres ditos humanos não possuem o direito de enclausurar um animal em uma jaula, apenas visando o lucro que o espetáculo de seu cotidiano irá proporcionar. É necessário que o direito proteja a vida e os direitos fundamentais desses seres que muitas vezes tem seu destino traçado ainda enquanto jovens vítimas da maldade humana. Se a prisão perpetua é proibida no Brasil, como permitir que os animais sejam condenados a viver toda sua vida preso por um crime que não cometeram.

Nesse contexto, há de se reconhecer a urgente necessidade de preenchimento das lacunas existentes entre a lei e a realidade com medidas efetivas, as quais realmente transformem o cenário de exclusão e omissão, na qual fazem parte os animais. Portanto, as ações do Poder Público precisam ir além da Carta Magna ou da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, é preciso fazer valer o direito inerente aos animais por meio do judiciário, que regulamente o exercício dos direitos fundamentais incluindo os animais nas prerrogativas do direito brasileiro de forma eficiente.

Por fim, tem-se que reconhecer a realidade em que os animais são submetidos e, mais do que isso, reconhecê-los como parte integrante da sociedade, é essencial para a construção de uma sociedade democrática em que seus membros possam se relacionar e participar de forma atuante e em igualdade de consideração, fortalecendo cada vez mais as relações sociais entre às diferenças espécies. O reconhecimento dos direitos aos animais não impactará apenas na vida de cada animal, mas também em toda a sociedade, que se tornará mais justa e igualitária e ao mesmo tempo preservará sua própria espécie de suas malignidades.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Sérgio. **A declaração Universal dos Direitos dos Animais na perspectiva abolicionista de Peter Singer**. Brasília: Clube dos Autores, 2018.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia.** Grijalbo,1977.

BARRIENTOS, Jefferson Alarcón. **Fala Verbal Curso de Extensão em Direito Animal na Universidade de Uberlândia**, em 20 jun. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.064,** de 29 de setembro de 2020. Estabelece alteração para aumentar as penas cominadas ao crime de maus tratos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm.>Acesso em: 13 mar.2021.

___________. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1988.

___________. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em:13 mar.2021.

___________. **Lei nº 9.985/2000,** de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm> Acesso em: 13 mar.2021.

___________. **Lei nº 9.605/1998,** de 12 de fevereiro de 1998.Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> Acesso em: 13 mar.2021.

___________. **Lei nº 11.140/2018,** de 09 de junho de 2018.Institui o Código de Direito eBem-estar animal do Estado da Paraíba. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=361016> Acesso em: 13 mar.2021.

___________. **Decreto Lei nº 24.645/1934,** de 10 de julho de 1934.Estabelece medidas deproteção aos animais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930- 1949/d24645.htm> Acesso em: 14abril. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º ed. Minas Gerais: PUCMinas, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BRAZ, Laura Cecilia Fagundes dos Santos. **Elas Escrevem Edna**. Salvador: MenteAberta, 2020.

CARDOSO, Waleska M. **Fala Verbal Curso de Extensão em Direito Animal na Universidade de Uberlândia**, em 20 jun. de 2021.

COUTINHO, Ricardo Vieira**. Código de Direito e Bem-estar animal do Estado da DECLARAÇÃO DE CAMBRINDGE DE 2012.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>Acesso em: 01 set. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

DUARTE, Maria Luisa; GOMES, Carla Amado. **Direito (do) animal**. Rio de Janeiro: Grupo Almedina, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCIONE, Gary. **Introdução aos direitos animais**. São Paulo: Unicamp, 2013.

JOY, Melanie. **Porque amamos cachorros, comemos porcos e vestimos vacas**. São Paulo: Cultrix, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 2013.

MEDEIROS, Carla de Abreu. **Direito dos Animais:** o valor da vida animal à luz doprincípio da senciência. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRALÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. **A proteção jurídica aos animais no Brasil**.Rio de Janeiro: FGV, 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

PIMENTEL, Viviane Oliveira de Souza. **O direito dos animais e uma análisereflexiva** à luz da ética. Rio de Janeiro. p. 6-50. 2016.

REGINA, Célia; DE SOUZA, Nilander. **O crime de crueldade contra animais nãohumanos à luz do bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito e os animais**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANCHES, Ana Conceição Barbuda; FERREIRA Guimaraes. **A proteção aos animais e o direito:** o status jurídico dos animais como sujeitos de direito. Curitiba:Juruá, 2014.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: WMF, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise:** uma exploraçãohermenêutica da construção do direito. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2005.

TITAN, Rafael Fernandes. **Direito Animal:** o direito do animal não humano nocenário processual penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

UNESCO, Declaração universal do direito dos animais de 1978. Disponível em: <https://www.svb.org.br/205-vegetarianismo/saude/artigos/756-declaracao-universal- dos-direitos-dos-animais>Acesso em: 01 set. 2021.

WOLF, Karen Emilia Antoniazzi. **Proteção Jurídica do animal não humano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CAPÍTULO 7

UNA APROXIMACIÓN A LA ETNOBOTÁNICA DEL PUEBLO QATO'OK DE TUZANTÁN, CHIAPAS, MÉXICO

Data de aceite: 01/04/2022

Ronny Roma Ardón
Posdoctorante. Jardín Etnobiológico de las Selvas del Soconusco, El Colegio de la Frontera Sur, Unidad Tapachula Chiapas, México

Anne Ashby Damon
Investigadora titular. Jardín Etnobiológico de las Selvas del Soconusco, El Colegio de la Frontera Sur, Unidad Tapachula Chiapas, México

Wílber Sánchez Ortiz
Técnico académico. Jardín Etnobiológico de las Selvas del Soconusco, El Colegio de la Frontera Sur, Unidad Tapachula Chiapas, México

RESUMEN: Comprender la interacción del hombre con la naturaleza es de suma importancia para entender la manera en que el ser humano categoriza, utiliza y maneja las plantas que crecen en un entorno determinado. Diversos estudios demuestran como el conocimiento humano construido a partir de la apropiación del entorno físico y ambiental, influye en el proceso de adaptación de plantas en el largo plazo, permitiendo la resiliencia de los pueblos ante los cambios. El pueblo qato'ok habita en el municipio de Tuzantán, región del Soconusco, estado de Chiapas, México. Su actividad principal es la agricultura para producción de maíz bajo el sistema milpa y el manejo del cacao en policultivo. Sin embargo, la lengua de este pueblo se considera en severo riesgo de desaparecer debido a las políticas de asimilación educativa al que fue sometido desde los años 1930 del siglo pasado, y al escaso interés de los jóvenes por recuperar los conocimientos asociados a la lengua. Aún bajo este contexto adverso, existe en la memoria de los ancianos evidencias de un conocimiento respecto al uso y manejo de plantas adaptado a las particularidades del territorio, el cual se construyó a lo largo del tiempo, permitiendo en su adaptación elaborar toda una serie de categorías de uso etnobotánico. Bajo este enfoque, se recolectó información que identifica en la lengua qato´ok a 57 especies de plantas. Empleando metodologías provenientes de las ciencias sociales y etnobiológicas, se obtuvo información para crear listados libres de plantas. Estos se triangularon con información de herbario y con los conocimientos de los ancianos de la comunidad, para obtener categorías de plantas útiles, de tal manera que permita apoyar en los esfuerzos por conservar el conocimiento etnobotánico local, en el cual el Jardín Etnobiológico de las Selvas del Soconusco puede jugar un rol importante.
PALABRAS CLAVE: Etnobotánica, qato'ok, manejo, conocimiento local

ABSTRACT: Understanding the human interaction with nature is of paramount importance to understand the way in which the human being categorizes, uses and manages the plants that grow in a specific environment. Several studies demonstrate how the human knowledge built from the appropriation of the physical and environmental environment, influences the

process of adapting plants in the wide area, allowing the resilience of the people in the face of changes. The qato'ok pueblo lives in the municipality of Tuzantán, region of Soconusco, state of Chiapas, Mexico. Its main activity is agriculture for the production of maize under the milpa system and the management of cacao in policulture. However, the language of this pueblo is considered to be at severe risk of disappearing due to the policies of educational assimilation that has been subject since the 1930s of the past siglo, and the little interest of young people to recover the knowledge associated with the language. Under this adverse context, there is evidence in the memory of the elders of a knowledge regarding the use and management of plants adapted to the particularities of the territory, which was built throughout the time, allowing in its adaptation to elaborate a whole series of categories of ethnobotanical use. Under this approach, information was collected that identifies 57 plant species in the qato'ok language. Using methodologies from social and ethnobiological sciences, information was obtained to create lists of plant books. These were triangulated with information from the herbaria and the knowledge of the elders of the community, to obtain categories of useful plants, in such a way as to support the efforts to conserve local ethnobotanical knowledge, in the same way as the Ethnobiological Garden of the Selvas del Soconusco can play an important role.
KEYWORDS: Ethnobotany, qato'ok, management, local knowledge.

INTRODUCCIÓN

La etnobotánica es una rama de la etnoecología que se dedica a profundizar sobre el conocimiento en el uso de las plantas de parte del ser humano (MARTIN, 2000). Este conocimiento particular se encuentra relacionado con las actividades económicas principales de los pueblos como la agricultura, la recolección de productos forestales y plantas silvestres (HOSTNIG *et al.*, 1998).

La importancia de este enfoque radica en que permite profundizar la comprensión de las vías de adaptación y clasificación de plantas que poseen los pueblos indígenas, ya que demuestra la forma en que los pueblos se apropian de la naturaleza con fines utilitarios (MARTIN 2000; TOLEDO Y BARRERA-BASSOLS, 2008).

El pueblo qato'ok habita en las estribaciones de la sierra Madre de Chiapas, abarcando su territorio zonas que están localizadas en pie de monte y alrededor de meandros de los ríos. A pesar de que su cultura sufrió la represión del Estado en su búsqueda por mexicanizar y homogenizar a las poblaciones indígenas del Soconusco (SCHUMANN, 1969; FERNÁNDEZ-GALÁN, 2004; NOLAN-FERREL, 2010; HERNÁNDEZ, 2011; EMBRIZ Y ZAMORA, 2012), aún existe en la memoria de adultos mayores y ancianos nonagenarios saberes relacionados a conocimientos del uso y manejo de plantas útiles, que se localizan, en parcelas agrícolas donde se trabaja el maíz (*Zea mays L.*) bajo asocio milpa o el policultivo del cacao (*Theobroma cacao L.)*.

Debido al alto riesgo de que este conocimiento se pierda dado el aculturamiento, la pérdida del conocimiento de la lengua, escaso interés juvenil en las labores agrícolas

y a la desaparición de adultos mayores, el objetivo que se persigue es documentar los conocimientos etnobotánicos que posee el pueblo qato'ok de Tuzantán.

MÉTODO

Área de estudio

Tuzantán es un municipio que se localiza en la región del Soconusco, del estado de Chiapas, México. Dicho municipio, limita al norte con Motozintla, al sur y al oeste con Huixtla y al este con Huehuetán. La población de origen qato'ok vive principalmente en Tuzantán pueblo, Estación Tuzantán, Primer Cantón, Segundo Cantón, Tercer Cantón y Cuarto Cantón (ver Figura 1).
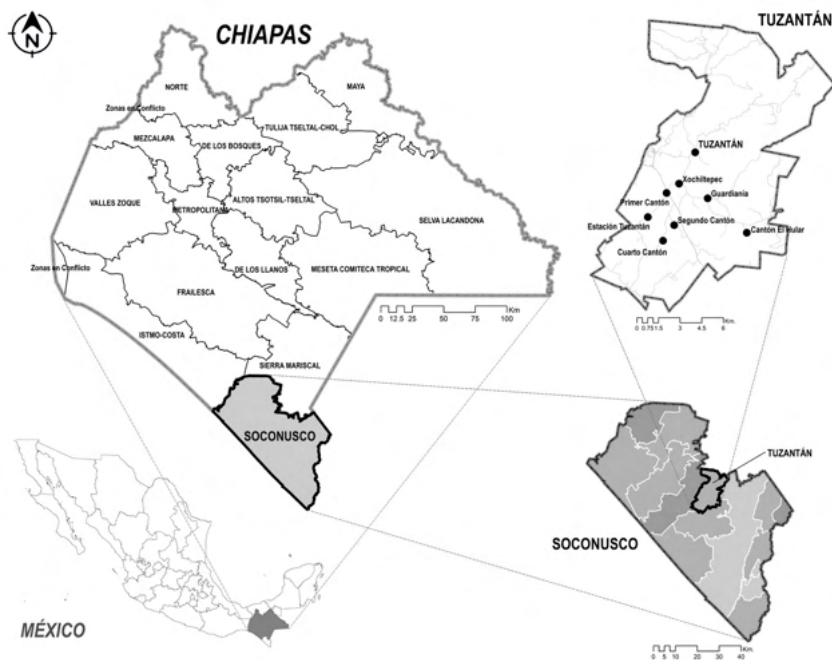
Figura 1. Ubicación de Tuzantán en el contexto de la región Soconusco, Chiapas, México.

El pueblo qato'ok de Tuzantán

De acuerdo con la tradición oral, Tuzantán es un pueblo muy antiguo. Sin embargo, la evidencia histórica tomada de *La matrícula de tributos* no hace mención a este poblado dentro de los ocho pueblos de la provincia de Soconusco que tributaban para la Triple Alianza (BERDAN Y RIEFF, 1997), pero que, dada la cercanía y dependencia comercial histórica, es posible que su tributo haya sido incluido dentro de lo enviado por el pueblo de Huiztlan, la actual población de Huixtla (ROMA ARDÓN et al., 2021).

FÁBREGAS (2012) menciona que al parecer el pueblo mochó llegó a Motozintla. Parte de la comunidad huyó de una plaga de murciélagos que les mordían las orejas, llegaron a Tuzantán donde la lengua recibe el nombre de muchú. Diversas instituciones y lingüistas consideran que se trata de un mismo grupo, y por tanto de una misma lengua, englobándolos dentro de la familia lingüística denominada como cotoques o qat'ok (VALIÑAS, 2018). El lingüista SCHUMANN (1969) fue el primero en advertir que la lengua hablada en Tuzantán no tenía relación alguna con la adscripción al mam con la que funcionarios de diferentes dependencias de gobierno y pobladores ladinos (mestizos) encasillaban a los hablantes de esta lengua.

Los procesos históricos, como consecuencia de situaciones políticas como la anexión definitiva del Soconusco a México en 1882 y la reforma agraria en los años 1940, propiciaron la creación de propiedades privadas y ejidales dentro del territorio de Tuzantán al afectar la tenencia comunal de la tierra, dando lugar a los cuatro cantones originales (GARCÍA, 1982). Posteriormente, en la época republicana las instituciones aplicaron una política dirigida a la población indígena de corte incorporativista e integracionista (DÍAZ-POLANCO, 1979). Dichas políticas se ejecutaron al vincular los ideales de la revolución mexicana, como la justicia social, a la identidad nacional mexicana, promulgándose una intensa campaña de mexicanización, especialmente en las comunidades fronterizas entre Chiapas y Guatemala (NOLAN-FERREL, 2010). Esto llevó a funcionarios y maestros a dirigir su acción en eliminar cualquier rastro indígena y guatemalteco que consideraban contrario a los efectos de unidad nacional (HERNÁNDEZ, 2008).

Aunque los lineamientos de la política educativa y estatal presionaron a los sujetos sociales para abandonar el uso de su lengua y cultura natales, existen lugares en la memoria donde ambas resisten y se manifiestan a través de los recuerdos de cómo era hablada por sus mayores y los sentimientos de urgencia de que algo debe hacerse para expresarla, enseñarla y transmitirla a quienes no la conocen. La memoria de los adultos mayores septuagenarios y ancianos nonagenarios es el lugar donde puede adentrarse al alma de este pueblo (ROMA ARDON et al., 2021)

Entrevistas semiestructuradas

Se construyó una herramienta de entrevista semiestructurada la cual incluyó tres aspectos: datos personales del informante, listado de plantas de utilidad y descripción de su uso. La selección de los participantes se dio empleando el método de muestreo no probabilístico de bola de nieve (SANDOVAL, 2002), a partir del que un sujeto social seleccionado recomendaba entrevistar a otro posible interesado, debido a la dificultad de acceder a potenciales entrevistados por razones de edad, ubicación de vivienda y escasez de estudios realizados. Se logró entrevistar a 25 sujetos sociales. Previo a la entrevista se les explicó el motivo de la investigación y se solicitó su anuencia a ser entrevistados y

grabar digitalmente la entrevista, lo cual se realizó donde fue autorizado.

Visitas de campo

Se realizaron visitas de campo a las parcelas durante ocho meses (octubre 2020-junio 2021). En estas visitas se indagó y observó respecto a información que no quedó clara en las entrevistas, corroborándose en aspectos como hábito de crecimiento de las plantas, la confirmación de nombres en lengua qato'ok y el arreglo de las plantas en las parcelas.

Análisis de información

Los especímenes mencionados en las entrevistas se fotografiaron y se recurrió a revisión empleando información contenida en el Herbario de El Colegio de la Frontera Sur Unidad Tapachula. Los especímenes de los que no se tiene registro se colectaron para su identificación y posterior curatoría. La información de base para revisar la gramática qato'ok se basó en el trabajo lingüístico realizado por SCHUMANN (1969).

Se construyó una descripción del sistema en general y un listado de plantas acorde al uso que los campesinos qato'ok hacen de ellas.

RESULTADOS

El manejo de la parcela qato´ok

Las parcelas que utilizan los campesinos para realizar las labores de siembra se componen de dos áreas. Una que se utiliza para la siembra de maíz en asocio milpa y la otra destinada al manejo del cacao como policultivo. El tamaño promedio de las parcelas oscila en tres hectáreas. De estas, una hectárea se utiliza para la siembra del maíz en asocio milpa, que localmente tiene tres ciclos de siembra, el ciclo denominado de temporada, ciclo de segunda y el ciclo de chagüite.

Las especies de plantas con que se asocia dependen del ciclo y la localización de las parcelas. Las parcelas localizadas en el pie de monte y los cerros se reconoce que pueden utilizarse para realizar dos ciclos de siembra (de temporada y de segunda), donde se asocia el maíz principalmente con calabaza o frijol.

Aquellas parcelas localizadas en tierra plana, que están influenciadas por el aporte de nutrientes de los desbordes de los ríos en la época de lluvia, pueden ser utilizadas hasta por tres ciclos, ya que puede realizarse el ciclo de siembra de chagüite, que se ejecuta aprovechando la humedad que permanece en el suelo en época de estiaje, permitiendo la siembra del maíz bajo asocio milpa, en beneficio de la alimentación de la familia campesina y de su economía. La tabla 1 presenta con detalle los ciclos, las características y los meses de siembra de maíz.

Ciclo	Características	Meses
maíz de temporada	Se le denomina así porque es donde empieza la temporada lluviosa. Se siembra la variedad maizón o jarocho, que tiene una mazorca larga y granos grandes color blanco. Se le conocía en qato'ok como q'aktinaal.	abril- julio
maíz de segunda o cuarenteno	Se le llama así porque se tardaba cerca de 40 días desde su siembra hasta su cosecha. Se hacía en lugares serranos. Se utilizaba el maíz conocido como olotillo, de olote delgado y grano pequeño amarillo pequeño. También se utiliza el denominado maíz juchito.	agosto-noviembre
maíz de chagüite	Se realiza en terrenos conocidos como chagüitosos (inundables), cuya estructura arcillosa permite retener la humedad, con posibilidad de resistir el estiaje, y que son comunes de las tierras bajas . El maíz utilizado es el maizón o jarocho.	noviembre-marzo

Tabala 1- Ciclos de siembra del maíz y sus características.

Fuente: Elaboración propia a partir de entrevistas.

El manejo del cacao como policultivo abarca alrededor de 2 hectáreas. Su manejo se realiza a través del empleo de diversas especies de árboles que permiten dar sombra, nutrientes al suelo y la recolección de otros frutos que complementan la dieta alimenticia y la economía de las familias qato'ok. El policultivo está compuesto de cuatro estratos arborescentes donde predominan los árboles de interés frutal y maderable. Este tipo de agroecosistema fue el predominante hasta antes de la llegada de la enfermedad de la moniliasis *(Moniliophthora roreri* (Cif & Par) Evans et al.) en el año 2005, que afectó seriamente la productividad, que sumada a la baja de precios, la migración juvenil y la edad avanzada de los productores ha ido paulatinamente cediendo espacio a parcelas abandonadas o sustituidas por otros cultivos como caña de azúcar, ganadería y palma aceitera.

El manejo tanto del maíz como del cacao en policultivo les permite conocer y manejar un total de 119 especies de plantas, que se concentran principalmente en cuatro familias botánicas: Fabaceae (20 especies), Malvaceae (9 especies), Solanaceae (7 especies) y Cucurbitaceae (7 especies). Además, se lograron identificar 60 especies de plantas en la lengua qato'ok.

Familia/especie	Nombre común/*qato'ok*	Usos	Parte utilizada
Amarantaceae			
Amaranthus hybridus L.	bledo espinoso/ *tz'ul aa'*	Com	Hojas
Amaranthus spinosus L.	bledo/ *tz'ul aa'*	Com	Hojas
Anacardiaceae			
Spondias mombin Jacq.	jobo/ *po'on*	Com	Hojas
Annonaceae			
Annona diversifolia Saff.	anona/ *k'oh k'on*	Com	Hojas
Annona purpurea Moc & Sessé ex Dunal	chincuya/ *tukii*	Com	Fruto
Annona reticulata L.	papause/ *hachp'el ti k'oh k'on*	Com	Fruto
Apiaceae			
Eryngium foetidum L.	cilantro de monte	Com	Hojas
Apocynaceae			
Aspidosperma sp	chiche blanco/ *tee'im*	Med; Made; Constr	Semillas
Aspidosperma sp	chiche rojo/ *tee'im*	Med; Made; Constr	Tallo Semillas
Plumeria rubra L.	flor de mayo	Udiv	Inflorescencia
Araceae			
Anthurium crassinervium Schott.	hoja de cuero	Udiv	Hojas
Spathiphyllum phryniifolium Schott.	gusnay/ *ba'ax*	Com	Hojas
Xanthosoma robustum Schott.	capote, capa de pobre	Udiv	Hojas
Arecaceae			
Acrocomia aculeata Lodd ex Mart.	coyol/ *map*	Com	Fruto
Attalea rostrata Oerst.	manaca / *tut*	Com; Constr	Tallo; Hojas
Chamaedorea pinnatifrons Oerst.	pacaya bojón	Com; Rel	Hojas Inflorescencia
Chamaedorea tepejilote Liebm. In Mart.	pacaya/ *pa'ah tz'ab-a'atz*	Com; Rel	Hojas; Infloresencia
Aristolochiaceae			
Aristolochia maxima Jacq.	guaco	Med	Hojas
Asteraceae			
Tagetes erecta L.	flor de muerto/ *t'uus*	Med	Hojas
Verbesina myriocephala Schb. Bip.	chiploco	Jugue	Tallo
n.d.	trapo blanco	Com	Hojas
Bignoniaceae			
Parmentiera aculeata (Kunth) Seem.	cuajilote / *t'zu t'zu*	Com	Fruto
Tabebuia gayacan Hemsl.	tamehue	Made	Tallo
Tabebuia donnellsmithii Rose	primavera/ *saq'i tee'*	Made	Tallo
Tabebuia rosea (Bertol) DC.	roble/*q'ul i tee'*	Made	Tallo
Bixaceae			
Bixa orellana L.	achote/ *ho'ox*	Com; Tin	Semillas
Cochlospermum vitifolium Spreng.	pumpusúchil	Jugue; Tin	Fruto
Boraginaceae			
Cordia alliodora Cham.	laurel / *korox tee'*	Made	Tallo
Heliotropium indicum L.	hoja de alacrán	Med	Hojas
Bromeliaceae			
Bromelia pinguin L.	piñuela/ *paj'ak*	Com	Fruto
Burseraceae			
Bursera simaruba Sarg.	palo jiote/ *ojan tee'*	Med	Corteza
Calophyllaceae			
Calophyllum brasiliense Cambess.	Marillo/ *q'an tee'*	Made	Tallo

Familia/especie	Nombre común/*qato'ok*	Usos	Parte utilizada
Chrysobalanaceae			
Chrysobalanus icaco L.	caco	Com	Fruto
Chrysobalanus cuspidatus Griseb.	caco cimarrón	Com	Fruto
Licania platypus Fritsch.	sunzapote/ *pih*	Com	Fruto
Combretaceae			
Terminalia amazonia Exell in Pulle	guayabo volador /*q'on k'aap*	Made; Udiv	Tallo; Corteza
Combretum fruticosum Stuntz.	tamborcillo	Udiv	Tallo
Costaceae			
Costus pictus D. Don. ex Lindl.	caña de cristo	Com; Med	Tallo
Cucurbitaceae			
Cayaponia racemosa Cogn.	bolita	Lim	Fruto
Cucurbita pepo L.	calabaza / *k'uum*	Com	Fruto
Lagenaria siceraria (Molina) Standl.	pumpo/ *ho'om*	Udiv	Fruto
Luffa cylindrica M.Roem.	estropajo	Lim	Fruto
n.d.	amole	Lim	Fruto
n.d.	miuña	Com	Hojas
Sechium compositum (Donn.Sm.) C. Jeffrey.	chaya mecate	Com; Rel	Hojas
Dioscoraceae			
Dioscorea composita Hemsl.	barbasco	Med;Pes	Raíz
Euphorbiaceae			
Cnidoscolus chayamansa McVaugh	chaya	Com; Med	Hojas
Manihot esculenta Crantz.	yuca/ *tz'in tee'*	Com	Raíz
Fabaceae			
Centrosema virginianum Griseb.	patito	Lim	Tallo
Crotalaria longirostrata Hook. & Arn.	chipilín/ *ch'abiín*	Com; Udiv	Hojas; Ramas
Enterolobium cyclocarpum (Jacq.) Griseb	huanacaste/ *piit*	Made; Lim;Pes	Tallo; Fruto; Semillas
Erythrina chiapasana Krukoff.	Pito / *kuk-kux*	Com; Udiv	Flor
Gliricidia sepium Kunth	yaite/ *laj-lam*	Com; Made; Udiv	Flor; Tallo; Hojas
Haematoxylum campechianum L.	palo de tinta	Tin	Tallo
Inga jinicuil Schltdl.	paterna/*cux bal*	Com	Fruto
Inga laurina (Sw.) Willd.	caspirol	Com	Fruto
Inga micheliana Harms	cuil/ *s'aañ*	Com	Fruto
Leucaena collinsii Britto & Rose	guach	Com; Med	Hojas Semillas
Lonchocarpus rugosus Benth.	chapemo	Udiv	Tallo
Machaerium spp	bejuco de agua	Com	Tallo
n.d.	frijol de vara/ *tz'iil*	Com	Semillas
n.d.	frijol colón/ *k'araván*	Com	Semillas
Phaseolus acutifolius A. Gray	frijol escumite/ *un'ee tu'ut*	Com	Semillas
Phaseolus lunatus Haberle	Patashete/ *pat'a'al*	Com	Semillas
Phaseolus vulgaris L	frijol negro/ *q'eq ti tu'ut*	Com	Semillas
Platymiscium dimorphandrum Donn. Sm.	hormiguillo	Made	Tallo
Schizolobium parahyba (Vell.) S.F. Blake	zope blanco	Made	Tallo
Vatairea lundelli (Standl:) Killip	zope negro	Made	Tallo
Lauraceae			
Persea americana Mill.	aguacate/ *o'oñ*	Com; Med	Fruto;

Familia/especie	Nombre común/*qato'ok*	Usos	Parte utilizada
Lygodiaceae			
Lygodium venustum Sw.	crespillo	Med	Hojas
Malpighiaceae			
Byrsonima crassifolia Steud.	nance	Com; Med	Fruto; Corteza
Malpighia emarginata D.C.	escobo	Udiv	Tallo; Ramas
Mascagnia macroptera Nied.	cualmecate/*choko-ha'an*	Constr	Corteza
Malvaceae			
Ceiba pentandra (L.) Gaertn.	ceiba/ *inuup, kupán*	Rel; Made	Planta; Tallo
Guazuma ulmifolia Lam.	caulote/ *u'uch*	Med; Made	Hojas; Tallo
Quararibea funebris Vischer	molinillo / *sak'i pu'uk*	Udiv	Tallo; Ramas
n.d.	panelita/ *tzoj tzo'op*	Com; Med	Tallo; Hojas
Sida acuta Burm.*f.*	malvarisco	Udiv	Tallo; Ramas
Sterculia apetala (Jacq.) H.Karst.	castaño	Com; Made	Tallo; Semillas
Theobroma angustifolium DC.	castarica	Com	Semillas
Theobroma bicolor Bonpl.	pataste/ *pe'ek*	Com; Udiv	Frutos; Semillas
Theobroma cacao L.	cacao/ *cacau, checo'och*	Com; Rel	Semillas
Marantaceae			
Calathea lutea (Aubl.) Schult.	hoja blanca / *sak'ti coem*	Udiv	Hojas
Calathea macrosepala K.Schum.	macús / *puch'ii*	Com	inflorescencia
Melastomataceae			
Miconia argentea DC.	cinco negritos	Com	Fruto
Meliaceae			
Cedrela odorata L.	cedro/ *kisi tee'*	Made	Tallo
Guarea sp	trompillo	Made	Tallo
Trichilia sp	huitzizil	Made	Tallo
Trichilia sp	napagüite	Made; Limp	Tallo; Semillas
Mimosaceae			
Vachellia collinsii (Saff.) Seigler & Ebinger	Ixcanal/ *sub'iin*	Udiv	Tallo
Moraceae			
Brosimum alicastrum Sw.	jushte, ujushte/ *aja'ax*	Com; Rel	Fruto; Hojas
Cecropia obtusifolia Bertol.	guarumbo / *pojchoii*	Com, Jugue; Constr	Tallo; Inflorescencia
Myristicaceae			
Virola guatemalensis Warb.	cacao volador	Made	Tallo
Myrtaceae			
Psidium guajava L.	guayaba/ *pat'aa*	Com; Med	Fruto; Hojas
Passifloraceae			
Passiflora coriacea Juss.	alas de murciélago	Med	Tallo
Phytolaccaceae			
Rivina humilis L.	quilete	Com	Hojas
Piperaceae			
Piper auritum Kunth	yerba santa	Com	Hojas
Piper sp	corrimiento	Med	Hojas
Piper tuberculatum Jacq.	cordoncillo	Com	Infrutescencia

Familia/especie	Nombre común/*qato'ok*	Usos	Parte utilizada
Poaceae			
Coix lacryma-jobi L.	lágrimas de san Pedro	Rel	Inflorescencia
n.d.	zacate pajón	Constr	Hojas
Zea mays L.	maíz/ *ixim*	Com; Jugue; Rel; Med	Semillas; Inflorescencia
Polygonaceae			
Triplaris malaenodendron (Bertol.) Standl. & Steyerm.	palo mulato/ *ojan tee'*	Jugue	Tallo
Rubiaceae			
Hintonia latiflora Bullock	copalchí / *ka'tee'*	Udiv	Tallo
Solanaceae			
Capsicum annuum L.	tipinchile, chiltepe/ *iiq*	Com; Rel	Fruto
Lycianthes sp	quilete	Com	Hojas
n.d.	ishpulula	Com	Hojas
n.d.	pata de paloma / *ch'ooq pum*	Com	Hojas
Solanum mammosum L.	chiche/ *pujt'z*	Com; Med; Udiv	Hojas; Planta
Solanum nigrum L.	Yerbamora / *m'uuh*	Com	Hojas
Solanum sp	quixtán	Com	Hojas
Sapotaceae			
Chrysophyllum cainito L.	caimito/ *caim'iit*	Com	Fruto
Pouteria campechiana (Kunth) Baehni.	zapotillo / *chu'ul*	Com	Fruto
Pouteria sapota (Jacq.) H.E. Moore & Stearn.	zapote	Com	Fruto
Tiliaceae			
Muntingia calabura L.	capulín/ *aq'iit*	Com	Fruto
Vitaceae			
Vitis sp	uva cimarrona	Com	Tallo

Tabla 2. Lista de especies de plantas útiles qato'ok de Tuzantán.Usos antropocéntricos (Com: comestible; Med: medicinal; Made: maderable; Rel: religiosa; Udiv: usos diversos; Constr: construcción; Jugue: juguetes; Lim: limpieza, Tin: Tintorea; Pes: pesca).

Se clasificaron 8 categorías de uso antropocéntrico. Las categorías con mayor representación fueron comestible (66 especies), maderables (20 especies); medicinal (19 especies), usos diversos (19 especies), construcción (6 especies), juguetes (5 especies), limpieza (5 especies), tintoreas (3) y pesca (2) (Figura 2).
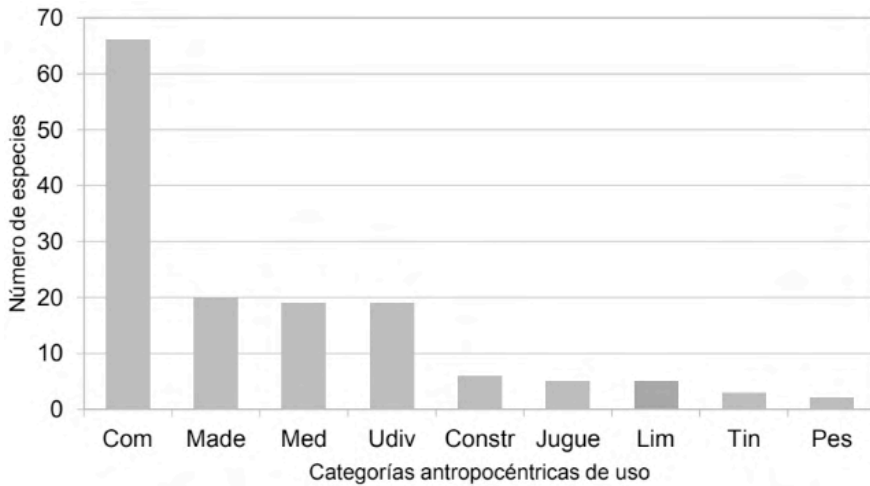
Figura 2. Categorías antropocéntricas de uso de plantas útiles qato'ok (Com: comestible; Made: madereble; Med: medicinal; Udiv: Uso diverso; Constr: construcción; Jugue: juguetes; Lim: limpieza; Tin: tintorea; Pes: pesca).
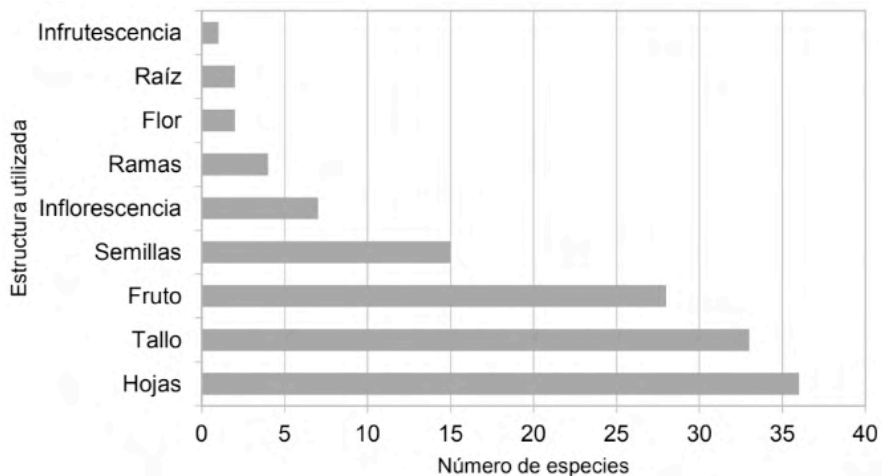
Figura 3. Estructuras de las plantas utilizadas por el pueblo qato'ok de Tuzantán

La estructura de la planta que se utiliza principalmente como comestible de parte del pueblo qato'ok son las hojas (36 especies), seguido el fruto (28 especies), inflorescencia (7 especies), la flor (2 especies) e infrutescencia (1 especie). El tallo es usado para actividades maderables y de construcción (33 especies). Las semillas (15 especies) tienen un uso tanto para alimentación, limpieza, tintoreo, pesca y usos diversos.

DISCUSIÓN

A pesar de que el pueblo qato'ok, fue sometido a una serie de políticas que buscaron que abandonara completamente la lengua y su cultura con el propósito de integrarse como *mexicano,* este estudio demuestra que existe un conocimiento amplio del uso de plantas útiles en su territorio. Si bien, los nombres comunes en lengua qato´ok no son ampliamente conocidos, los entrevistados manifestaron un conocimiento que pervive, aunque se encuentra amenazado de desaparecer. Estudios similares en comunidades Ch´ol del norte del estado de Chiapas, México encontraron el uso de 165 especies vegetales, y la identificación con nombres propios de esta lengua de 65 especies vegetales (UBIERGO-CORVALÁN *et al.,* 2019).

Las familias vegetales predominantes fueron Fabaceae, Malvaceae, Solanaceae y Cucurbitaceae. TOLEDO et al. (1995), LEVY *et al*. (2002), y UBIERGO-CORVALÁN *et al.* (2019) en estudios realizados a nivel del trópico mexicano, de la selva lacandona y del Norte del estado de Chiapas, indican que las familias representativas de dichos ecosistemas son Fabaceae, Asteraceae, Malvaceae y Rubiaceae. Las diferencias respecto a la presencia de determinadas familias botánicas que son frecuentes en los agroecosistemas de uso qato´ok demuestran la importancia que tienen los denominados *quiletes* (quelites) en su alimentación y también el uso de diversas especies pertenecientes a la familia Cuburbitaceae, no solamente con fines de asocio en la milpa, sino para usos distintos al agrícola (limpieza personal y almacenamiento de agua).

De las 8 categorías de plantas con uso antropocéntrico, se obtuvieron mayor número de especies utilizadas como comestible, maderable, medicinal y usos diversos. Estos resultados se diferencian de lo reportado por QUIQUE (2012) en huertos cacaoteros de la región Soconusco, ya que este autor, indica que las categorías comestible, ornamental y medicinal predominan en dicha región del estado de Chiapas. Por su parte, SALGADO-MORA *et al.* (2007), reporta para las parcelas cacaoteras de la región Soconusco la predominancia de las categorías de uso frutal y maderable indicando que esto se debe a que las plantas presentes complementan la economía familiar debido a la facilidad de comercializarlas en esta región.

Considerando lo anterior el pueblo qato´ok de Tuzantán ha aprovechado toda una serie de plantas como estrategia de sobrevivencia, lo cual no solamente les ha permitido vivir y transformar en el territorio que habitan, sino adaptar su economía y alimentación a la presencia y ausencia de plantas, a lo largo del tiempo. Este conocimiento les ha permitido obtener alimento, madera, medicina y plantas de uso diverso, a partir de los cuales han logrado adaptarse a las particularidades del pie de monte de la Sierra Madre de Chiapas. Este tipo de estrategia de las plantas ha sido reportado para otros pueblos del trópico mexicano (TOLEDO et al., 1995) y de otros países de Latinoamérica (CASSANO et. al., 2009; ROMA ARDÓN, 2019), y parece constituir una regla en numerosos estudios realizado

en grupos culturales que viven en diferentes hábitats (UBIERGO-CORVALÁN et al. 2019).

CONCLUSIONES

El pueblo qato´ok de Tuzantán utiliza de manera tradicional 119 especies de plantas que han sido adaptadas a las condiciones del territorio, tanto en las áreas destinadas para la siembra de maíz bajo asocio milpa, como en aquellas destinadas al manejo del cacao como policultivo. Este estudio es relevante, ya que es el primero de su clase que se realiza con sujetos sociales pertenecientes a este pueblo, cuya lengua y conocimientos se encuentra severamente amenazados por el aculturamiento, como consecuencia de las diversas políticas de integración realizados sobre ellos a lo largo del tiempo por el Estado.

Los conocimientos etnobotánicos son fundamentales para entender las estrategias de sobrevivencia de los pueblos a su territorio, por tanto el Jardín Etnobiológico de las Selvas del Soconusco puede contribuir en salvaguardar y divulgar estos conocimientos en apoyo a los sujetos sociales pertenecientes al pueblo qato´ok que realizan inconmensurables esfuerzos, para evitar que el olvido y la apatía terminen por sentenciar el destino de los saberes de este pueblo.

AGRADECIMIENTOS

Al pueblo qato´ok de Tuzantán, en especial a don Julio López, don Roger Rojas, don David Rojas, don Eliécer Torres, don Francisco Torres, don Brígido Marroquín, don Néstor López, don Carlos Jiménez, don Rosalío López, don Cirilo Marroquín, doña Lucía Rojas, doña Teófila Torres, don Reynaldo López, doña Amelia López, don Filogonio Torres, doña Margarita Jiménez, don Pedro López, don Heriberto Díaz, don Francisca Hernández, don Rufino Hernández, don Esteban Espinosa, don Olinto López, don Agaide Pacheco, don Ismael Rojas, don Heriberto Blas, don Evodio Rojas (EPD) y don Otto Schumann (EPD). Al Apoyo financiero del proyecto FORDECyT para desarrollar la presente investigación.

REFERENCIAS

BERDAN, F.; RIEFF, P. **The essential Codex Mendoza.** University of California Press. Estados Unidos, 1997.

CASSANO, C.; SCHROTH, G.; FARIA, D.; DELABIE, J.; BEDE, L. Landscape and farm scale management to enhance biodiversity conservation in the cocoa producing región of suthern Bahia, Brazil. **Biodiverity Conservation,** Estados Unidos, v. 18, p. 577-603, 2009.

DIAZ-POLANCO, H. Teoría indigenista y la integración. En: DÍAZ POLANCO, H.; GUERRERO, F.; BRAVO, V.; ALLUB, L.; MICHEL, M.; ARIZPE, L. (coord.). **Indigenismo, modernización y marginalidad. Una revisión crítica.** Centro de Investigación para la Integración Social, México, 1979.

EMBRIZ, A; ZAMORA, **O. Lenguas indígenas nacionales en riesgo de desaparición: Variantes lingüísticas por grado de riesgo.** INALI, México, 2012.

FABREGAS, A. **El mosaico chiapaneco. Etnografía de las culturas indígenas.** CDI, México, 2012.

FERNANDEZ-GALAN, M. **La lengua mochó: pasado, presente y futuro.** Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, México, 2004.

GARCÍA, J. **El proceso de asimilación de la población indígena de Tuzantán, Chiapas.** Tesis de licenciatura. 1982. Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa. México.

HERNÁNDEZ, R. Indigenismo y desarrollo en la frontera sur chiapaneca. **Comercio exterior,** México, p. 399-408. 2008.

HERNÁNDEZ, R. **Histories and stories from Chiapas: border identities in Southern Mexico.** University of Texas Press. Estados Unidos.2011.

HOSTNIG, R.; HOSTNIG, R.; VÁSQUEZ, L. **Etnobotánica mam.** GTZ-Cooperación Técnica de Austria. Guatemala, 1998.

LEVY, A.; RIVERA, S.; MARTINEZ, M.; DURÁN, A. Caracterízación del uso tradicional de la flora espontánea en la comunidad lacandona de Lacanhá, Chansayab, Chiapas, México. **Interciencia,** México, v. 27, n. 10, p. 512-520, 2002.

MARTIN G. **Etnobotánica. Manual de Métodos.** UNESCO, Uruguay. 2000.

NOLAN-FERREL, C. Agrarian reform and revolutionary justice in Soconusco, Chiapas: Campesinos and the Mexican State, 1934-1940. **Journal of Latin American Studies,** Estados Unidos, v. 42, n. 3, p. 551-585, 2010.

QUIQUE, R. **Cocoa, coffee and sugarcane farmers: an ethnobotanical characterization of their homergardes in the Soconusco region (Chiapas, Mexico).** 2012. Tesis de Doctorado, University Montpellier II, France, El Colegio de la Frontera Sur, México.

ROMA ARDÓN, R.W. **La lucha campesina en la Llanura de Guatuso: Memoria biocultural, saberes y organización. Alajuela, Costa Rica.** 2019. Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, México.

ROMA ARDÓN, R.; DAMON, A.A.; SÁNCHEZ ORTIZ, W. Etnoecología del pueblo qato´ok de Tuzantán, Chiapas. **Red de Investigación de Aguascalientes**, México, 2021.

SALGADO-MORA, M.; IBARRA, G.; MACÍAS, J.; LÓPEZ, O. Diversidad arbórea en cacaotales del Soconusco, Chiapas, México. **Interciencia,** Venezuela, v. 32, n. 11, p. 763-668, 2007.

SANDOVAL, N. **Investigación cualitativa.** Programa de especialización en teoría, métodos y técnicas de Investigación social. Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), Colombia, 2002.

SCHUMANN O. El tuzanteco y su posición dentro de la familia mayense. **Anales del Instituto Nacional de Antropología e Historia,** México, v. 1, no. 49, p. 139-148, 1969.

TOLEDO, V; BARRERA-BASSOLS N. La memoria biocultural. **La importancia ecológica de las sabidurías tradicionales.** Editorial Icaria, España, 2008.

TOLEDO, V.; BATIS, A.; BECERRA, R.; MARTÍNEZ, E.; RAMOS, C. La selva útil: etnobotánica cuantitativa de los grupos indígenas del trópico húmedo de México. **Interciencia,** Venezuela, v. 20, n. 4, p. 177-187, 1995.

UBIERGO-CORVALAN P.; RODRÍGUEZ-GALVÁN, G.; CASTRO-LAPORTTE, M; ZARAGOZA-MARTÍNEZ, P; CASAS, A.; GUEVARA-HERNÁNDEZ, F. El solar maya-ch´ol y sus saberes etnobotánicos en comunidades al norte de Chiapas, México. **Ethnoscientia,** Brasil, v. 4, p. 1-19, 2019.

VALIÑAS, L. **Diccionario enciclopédico de las lenguas indígenas de México.** ***Sin editar,*** 2018.

CAPÍTULO 8

REFLEXÕES SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUDENTE

Data de aceite: 01/04/2022
Data de submissão: 21/03/2022.

Matheus Henrique Evangelista Felício
Mestrando em Teoria do Direito pela UFMG.
Bolsista do CNPq.
Lavras - Belo Horizonte
http://lattes.cnpq.br/0150082693382704

RESUMO: O objetivo deste artigo consiste em apresentar o positivismo jurídico exclusivo como uma teoria moderna, suficientemente capaz de solucionar os problemas dos ordenamentos jurídicos atuais que demandam valores morais. No pós-segunda guerra, uma série de críticas foram feitas ao positivismo jurídico, isso porque segundo os críticos, ele se preocupava com a validade ao invés do conteúdo das normas. Com os trabalhos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, o positivismo foi abandonado e esquecido entre os teóricos. Entretanto, os positivistas exclusivistas ainda sustentam que a conexão entre moral e direito é desnecessária por a moral ser incapaz de garantir a autoridade e a segurança que o direito requer. Os exclusivistas Joseph Raz e Scott Shapiro possuem um refinado argumento nesse sentido. Em resumo, pode-se concluir que os positivistas excludentes possuem fortes razões para propugnar por uma separação entre direito e moral. Ao contrário do que se parece, eles estão vivos no campo da teoria do direito moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do direito; positivismo excludente; Joseph Raz; Scott Shapiro.

REFLECTIONS ON EXCLUSIVE LEGAL POSITIVISM

ABSTRACT: The aim of this article is to present exclusive legal positivism as a modern theory, sufficiently capable of solving the problems of current legal systems that demand moral values. In the post-second war, a series of criticisms were made of legal positivism, because critics said he cared about validity rather than the content of the norms. With the works of Robert Alexy and Ronald Dworkin, positivism was abandoned and forgotten among theorists. However, the positivists exclusivists still maintain that the connection between morals and law is unnecessary because morals are unable to guarantee the authority and security that the law requires. The exclusivists Joseph Raz and Scott Shapiro have a refined argument in this sense. In summary, it can be concluded that the excluding positivists have strong reasons to advocate for a separation between law and morals. Contrary to what it seems, they are alive in the field of modern law theory.

KEYWORDS: Jurisprudence; exclusive legal positivismo; Joseph Raz; Scott Shapiro.

1 I INTRODUÇÃO

A tradição positivista no campo da teoria do direito é rica e instigadora. Desde Jeremy Bentham e John Austin, aos modernos Herbert Hart, Joseph Raz e Scott Shapiro, as discussões sobre o conceito de direito e a relação entre

direito e moral são enormemente influenciadas por ela. Porém, no cenário latino-americano, considera-se que as críticas de Robert Alexy e Ronald Dworkin direcionadas a essa tradição foram fortes o suficiente para que fosse completamente abandonada entre os teóricos. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, apresentou vários elementos valorativos, de modo que uma leitura não-positivista, encabeçada por esses críticos, proporciona mais ganhos aos indivíduos do que uma interpretação fixada nos textos legislados.

Além disso, a afirmação que o positivismo jurídico legitimou o nazismo e o fascismo fez com que os teóricos o rejeitassem. Trata-se de uma acusação encabeçada por teóricos conhecidos no cenário jurídico brasileiro. Afirmam que a decadência dos modelos totalitários nazista e fascista possibilitou um rearranjo na teoria jurídica em direção à reaproximação aos valores, de modo que o modelo legalista levava aos absurdos métodos que negavam a dignidade das pessoas. Afinal, se está no direito posto, deve ser seguido.

O presente trabalho tem por objetivo, em primeiro plano, reconhecer o valor da tradição positivista, pela sua imensa contribuição, à teoria do direito e considerá-la como coerente e responsável quanto ao seu raciocínio sobre "incorporar ou não argumentos de natureza moral". Para isso, na primeira parte, caracterizarei o positivismo em quatro teses principais que definem o *ser positivista*. São elas: a *tese da descrição*, a *tese dos fatos sociais,* a *tese das fontes sociais* e a *tese da separabilidade*. Apresentarei, em seguida, em linhas gerais, o porquê da subdivisão entre positivistas inclusivistas *(soft positivism)* e exclusivistas *(hard positivism),* sendo que o foco deste artigo se limita a este último.

Com atenção aos positivistas exclusivos, apresentarei a posição de Joseph Raz, um positivista excludente que elabora um refinado argumento em que nega atrair a moral para o campo do direito. Trata-se da "tese da autoridade". Em seguida, apresentarei o argumento de Scott Shapiro, outro positivista excludente que nega a aceitação de conteúdos morais no raciocínio jurídico através da "tese do planejamento". Em ambos casos, sustentam os autores, a moral no direito conduz a uma reabertura aos problemas solucionados com a introdução da regra jurídica. O direito, através das regras, serve para afastar esses problemas.

No fim, considero que a tradição positivista excludente, apesar de vários ataques, é forte e coerente em suas posições, isto é, ser um exclusivista não é uma aberração como muitos sustentam. A tradição positivista, mesmo após o forte ataque de Alexy e especialmente de Dworkin, subsiste como uma concepção apta a ser incorporada por qualquer ordenamento jurídico democrático, possuindo um refinado argumento, embora seja esquecida por muitos teóricos. Não se trata aqui de propugnar por um nostálgico retorno aos ideais positivistas, mas assumir a responsabilidade dos positivistas na construção teórica, mesmo acreditando em posições contrárias.

Esse texto corresponde mais a um estudo do que uma exposição em prol de uma determinada tese que apresenta respostas definitivas. Adentro nas principais teses positivistas para compreender como ainda há autores que sustentam uma separação

absoluta entre direito e moral. O resultado foi no sentido de reconhecer a importância do positivismo excludente para a teoria do direito e como os autores caminham responsavelmente em suas conclusões. Reconhecer também a falsidade da acusação que assevera que positivismo legitimou os sistemas nazista e fascista. Ao contrário do que muitos pensam, o positivismo não está morto.

2 | TESES CENTRAIS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Acredito que quatro teses determinam o "ser" positivista, são elas: a *tese da descrição*, a *tese dos fatos sociais,* a *tese das fontes sociais* e a *tese da separabilidade*. A *tese da descrição* atesta que a finalidade da teoria do direito é descrever o direito tal qual ele é. Os juízos sobre aprovações e reprovações do direito representam o "normativismo", a tarefa do intérprete positivista da prática jurídica, por outro lado, é descrevê-la neutralmente. Stephen Guest vai dizer que a descrição é conhecida pela observação empírica mais evidente possível, diferentemente da "normatividade", que diz respeito a uma "utopia possível" que devemos tentar realizá-la (GUEST, 2011, pág. 28).

A *tese dos fatos sociais* é aquela que afirma encontrar o direito em determinada sociedade a partir de fatos sociais. Ou seja, na visão de Herbert Hart, o positivista mais influente, segundo Dworkin (DWORKIN, 2010), o intérprete positivista, ao descrever o direito de determinada comunidade, analisará a prática social daquela comunidade, encontrando comportamentos convergentes entre os participantes (aspecto externo/empírico) e o quão esses comportamentos afetam terceiros, seja punindo os desviantes ou os ajustando a um comportamento efetivamente jurídico (aspecto interno/normativo). A *tese dos fatos sociais* assume a função de encontrar os comportamentos efetivamente jurídicos de uma determinada comunidade, aqueles que impõem aos outros agentes um padrão de conduta e obrigações.

É na *tese das fontes sociais* que se apresenta a diferença evidente do positivismo em confronto às outras teorias, como, por exemplo, o interpretativismo de Ronald Dworkin (2014). Segundo a tradição positivista, especificamente a versão mais sofisticada de Hart (2009), o conteúdo do direito é evidenciado por uma regra última de incorporação, que serve como filtro entre o jurídico/incorporado e o não jurídico/não incorporado. Denominada "regra de reconhecimento", ela é a fonte da qual se extrai proposições jurídicas, isto é, sabemos se determinada "lei" é integrante do ordenamento jurídico se, por uma análise fática, for possível comprovar a efetiva incorporação dessa lei pela regra de reconhecimento. Como é possível, portanto, efetivamente encontrar essa regra de reconhecimento? Para Hart, é na atuação dos "officials", funcionários que atuam na comunidade jurídica (HART, 2009). Se eles reconhecem tal "lei" como direito, fazendo-os referência e aplicando-as, significa que essa "lei" foi incorporada ao ordenamento (HART, 2009).

Disse anteriormente que a *tese das fontes sociais* demonstra uma evidente diferença

com o interpretativismo, isso porque em *Levando os Direitos a Sério (2010)* Dworkin pretende demonstrar como essa descrição do direito realizada pelo positivismo jurídico é insuficiente para descrever a prática judicial, isto é, os juízes, na adjudicação, aplicam parâmetros não incorporados explicitamente pela regra de reconhecimento que impõem ao magistrado o agir em determinado sentido: os *princípios jurídicos* não necessitam de incorporação pela regra de reconhecimento, pois suas dimensões de moralidade e justiça possibilitam sua utilização (DWORKIN, 2010). Os princípios se extraem do caso concreto, qualquer tentativa de listagem deles, quando no fim, já estaria defasada. Em suma, o direito, para Dworkin, não necessita de nenhuma regra superior que valide as normas inferiores.

No mesmo sentido de Hart, Kelsen apresenta a “norma hipotética fundamental”, norma pressuposta, em que os agentes jurídicos devem conformar com sua existência para que o argumento de regresso *ad infinitum* acerca da validade jurídica das normas seja solucionado. Segundo Kelsen, há um escalonamento entre as variadas espécies normativas de um ordenamento jurídico de forma que as mais inferiores são válidas porque uma norma superior a elas lhe proporciona essa validade. A norma última, portanto, seria a Constituição, onde todas as outras retiram sua validade. Mas o que valida a Constituição? Para Kelsen, é necessário pressupor uma norma que dê fundamento para a constituição, essa é a “norma hipotética fundamental”. É hipotética porque é pressuposta; é fundamental porque todas as outras dependem dela. Ela deve ser aceita pelos participantes e seu mandamento é único: respeite a Constituição (KELSEN, 2009).

A quarta tese em que considero relevante para a definição do positivismo é a da *separabilidade*. Ela apresenta o ponto principal da diferença entre positivistas, jusnaturalistas e interpretativistas. Segundo ela, não há uma conexão entre direito e moral, isto é, o fenômeno jurídico atua de uma forma e o fenômeno moral de outra. A diferença entre ambos fenômenos se estabelece no campo da validade, ou seja, para que uma norma jurídica seja juridicamente válida, ela não precisa ser moralmente correta. É possível uma norma jurídica, juridicamente válida, que seja moralmente incorreta, como, por exemplo, uma norma que admita a penhora de bens de família, ela pode ser considerada moralmente injusta, mas juridicamente válida.

Desse modo, não há nenhuma correlação entre os institutos da moral e do direito. Isso quer dizer que a regra de reconhecimento, ou a norma hipotética fundamental, só incorpora argumentos jurídicos e nunca morais. O raciocínio do intérprete não deve ser realizado, como alguns sustentam, ao nível do *conteúdo,* em que uma norma moralmente injusta deve ser rechaçada na adjudicação, mas pela *validade.* Significa que no caso exposto por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério (2010)*, *Riggs vs. Palmer*, o neto deveria herdar a herança do avô.

O caso é o seguinte: um neto, Elmer, ciente de que o testamento de seu avô lhe beneficiava, o matou. A legislação sucessória da época não dispunha nada acerca de um herdeiro que assassina o testador. Desse modo, se nada dispunha, em uma leitura

positivista, o neto deveria herdar. Afinal, essa era a disposição de última vontade do seu avô. Dworkin, por outro lado, sustenta que princípios morais, mesmo não havendo legislação específica os prevendo, impõem uma obrigação aos magistrados na adjudicação, ou seja, o princípio de que *ninguém pode se beneficiar da própria torpeza* deveria prevalecer e negar a herança ao neto. Foi nesse sentido, aliás, que a Suprema Corte norte-americana decidiu (DWORKIN, 2010).

É no tratamento que os positivistas jurídicos estabelecem quanto à *tese da separabilidade* que as posições divergentes entre eles aparecem. Após a primeira rodada de críticas de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico, especificamente à versão mais influente de Herbert Hart, o positivismo jurídico sofreu forte fissura. Conforme assinalado, Dworkin apontou que inevitavelmente o raciocínio jurídico necessita e incorpora conteúdos morais. Os conteúdos morais afastam a discricionariedade do julgador quando estão naqueles casos que H. Hart denomina "penumbra". Para Hart, nesses casos, o juiz atua com discricionariedade em estabelecer uma direção (HART, 2009). Para Dworkin, os princípios morais informam uma direção ao julgador, não possuindo, portanto, liberdade sobre o caminho a seguir. O juiz está vinculado tanto às regras quanto aos princípios morais em casos difíceis *(hard cases).*

No pós-escrito do *O Conceito de Direito (2009)*, Hart acatou a possibilidade de haver conteúdos morais no direito, isso porque em nenhum momento a regra de reconhecimento negou tal possibilidade. Mas também ela não disse que *deve ser* incorporado. Por isso, o *positivismo brando (soft), inclusivista* ou *includente* assume uma postura contingente entre direito e moral, isto é, em nenhum sentido é vedada a regra de reconhecimento incorporar os conteúdos morais, embora em nada também a obrigue. Hart embasa sua posição através do seguinte excerto do texto original do *O Conceito de Direito* (grifos meus):

> Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos de validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos; em outros sistemas, como na Inglaterra, onde não há restrições formais à competência do poder legislativo supremo, a legislação ainda assim não deixa de conformar-se escrupulosamente à justiça ou à moral. (...) **Nenhum "positivista" poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida** (HART, 2009, págs. 263 e 264).

Por outro lado, a versão do *positivismo duro (hard)*, denominada *excludente*, assevera que não há nenhuma relação entre direito e moral, ou seja, nem uma relação contingente é admitida, visto que ambos os fenômenos, moral e jurídico, não se confundem, embora muitos autores atuais sustentam essa conexão. Portanto, o raciocínio jurídico independe de um raciocínio moral, pois a moral, segundo esses autores, é um ramo extremamente fluido e heterogêneo em que não é possível estabelecer antemão o que *deve ser* realizado. O direito, ao contrário, é um ramo que necessita prever e garantir estabilidade nas relações

sociais (HIMMA *In* COLEMAN et.al., 2012).

Tal entendimento, especificamente do positivismo excludente, parece soar distante das discussões hodiernas, visto que o campo moral interpretativo é o que prevalece quando aparecem os casos difíceis *(hard cases),* bem como nas discussões sobre se há objetividade na moral e consequentemente no direito e na argumentação jurídica. A atração dos campos éticos e morais ao direito para compreender assuntos delicados como aborto ou liberdade de expressão parece, hoje em dia, fazer mais sentido ao adotar direito e moral como "ramos de uma mesma árvore", conforme sustenta Dworkin (2014).

Além disso, Dworkin sempre defendeu a ideia de que há uma objetividade na moral afastando-se daqueles que o criticaram por considerarem a moral como subjetiva e impossível de ser efetivamente definida (DWORKIN, 2014). Mesmo assim, positivistas excludentes parecem acreditar em uma separação entre o campo do direito e o da ética e da moral. Faz sentido ainda hoje ser um positivista excludente? Qual é a lógica positivista excludente pela qual juristas reconhecidos, mesmo após fortes críticas, ainda endossam?

3 I O POSITIVISMO EXCLUDENTE DE JOSEPH RAZ

Joseph Raz é um jurista israelense que por sua expertise atraiu a atenção de Herbert Hart quando este proferiu uma palestra em Israel, de modo que posteriormente J. Raz foi realizar seu doutorado em filosofia na Universidade de Oxford, na Inglaterra, sob supervisão de Hart, nos anos sessenta. J. Raz é atualmente um dos maiores defensores do positivismo jurídico excludente e sua teoria é extremamente complexa e qualificada. Raz dispõe de um raciocínio extremamente persuasivo quanto à impossibilidade de haver conteúdos morais no direito.

Em Joseph Raz, a sua defesa sobre a exclusão da moral no direito se dá pelo argumento da *autoridade,* ou seja, o direito reivindica autoridade tal que não é possível ser encontrada na moralidade (RAZ, 1983). O argumento parece ser obscuro, mas ele fica evidente pelo sentido que ele quer atribuir a determinados termos.

Para J. Raz, quando uma pessoa decide sobre determinada coisa ela delibera sob *argumentos de primeira ordem* para fazer algo e *argumentos de primeira ordem* para não fazer algo. Por exemplo, se tenho vontade de fumar, estabeleço razões para fazer isso, como o argumento de que isso me gera algum tipo de prazer. Porém, também tenho argumentos de primeira ordem para não fazer, como, por exemplo, o ato de fumar pode me causar câncer ou outros problemas de saúde. No fim, a pessoa realiza um balanço entre as razões e opta por fazer ou não o ato, isto é, ela pondera entre os custos e os benefícios e se direciona para um determinado sentido. A decisão dela é por simples razões de primeira ordem (fazer ou não fazer).

No entanto, diz Raz (1983), existem os *argumentos de segunda ordem* que cancelam as razões de primeira ordem e se impõem para decidir nos casos. Por exemplo, embora eu

tenha boas razões de primeira ordem para tomar determinado medicamento que considero o correto para minha doença, ao ouvir a palavra do médico, descobri que o medicamento correto no meu caso era diverso daquele inicialmente imaginado. A palavra do especialista atua como uma *razão de segunda ordem* que cancela minhas razões de primeira ordem e determina tecnicamente sobre o que fazer naquele caso. Esse poder de cancelar as razões e substituí-las, J. Raz denomina *razões de segunda ordem.* A palavra do médico tem um peso significativo que faz o agente abdicar das suas razões de primeira ordem em direção ao medicamento correto. Entretanto, essa razão de segunda ordem não atua absolutamente, pois a pessoa pode optar por não tomar o remédio prescrito, por exemplo.

Nesse sentido, as *razões de segunda ordem* não implicam em substituir a qualquer custo as razões de primeira ordem. No fim, as *razões de segunda ordem* ficam restritas à vontade ou não do agente em executá-las. Por isso, Joseph Raz apresenta as *razões protegidas (ou razões preemptivas)*. Elas representam um tipo de *razão de segunda ordem* em que atua não importando o motivo ou quão urgente se aparenta outras razões em contrário, ela as cancela e impõe o que deve ser feito. *Razões protegidas,* em suma, funcionam como um tipo especial de razão que não é sobreposta por nenhum outro tipo de argumento.

Dessa forma, possuir *autoridade* para Joseph Raz é possuir *razões protegidas*, pois ter autoridade implica sobrepor um determinado curso de ação não considerando quais são os outros motivos ou intenções das pessoas, isto é, as razões de primeira ordem em determinado caso. O agente com autoridade cancela as outras razões e as substitui estabelecendo a razão que deve prevalecer. Nesse sentido, considera-se *autoridade* em J. Raz aquele que é capaz de cancelar e substituir as razões de primeira ordem dos indivíduos.

Nesse ponto é que J. Raz correlaciona esse raciocínio com o direito, pois o direito exige autoridade como *razões protegidas*, isto é, o que se espera do direito é que as suas determinações sejam aceitas pelos cidadãos independentemente do juízo de aceitação ou reprovação deles, independentemente das boas razões de primeira ordem que os agentes possuem. Como exemplo, o direito determina que a luz vermelha no semáforo significa parar, não importando quais bons motivos uma pessoa tem para querer romper o semáforo. A luz vermelha, nesse caso, é uma razão protegida, significa que toda pessoa deve abster-se das suas razões de primeira ordem, cancelá-las, e substituí-las pelo que determina o direito. O direito para J. Raz sempre reivindica *autoridade*, ou seja, sempre estabelece razões protegidas que cancelam outras (RAZ, 1983 e RAZ, 1995).

Desse modo, o que se pode extrair sobre a separação entre direito e moral em Joseph Raz? Para Raz, a moral não exige autoridade - razões protegidas -, pois, no exemplo acima, se eu digo que devo parar no semáforo quando a luz estiver vermelha, pois isso é “bom” e “justo” para o funcionamento do trânsito, eu não estabeleço um parâmetro definitivo sobre como agir, ao contrário, eu reabro a discussão sobre o que significa “bom” e “justo” para as pessoas. Se uma das funções da lei é estabelecer um caminho seguro

pelo qual as condutas devem seguir, um conteúdo moral frustra esse objetivo, pois os conteúdos morais são tão indefinidos que trazem mais problemas do que soluções. Nesse caso, o que é “bom” e “justo” pode significar várias coisas para as pessoas. Por isso, os conteúdos morais atuam sob incerteza para determinar um curso de ação; eles não possuem autoridade (razões protegidas).

A função do Direito para Raz é estabelecer parâmetros de conduta objetivamente, isto é, inibindo as incertezas existentes antes da criação das leis. As leis são criadas para afastar a indecisão das pessoas sobre como agir em determinada situação. Nesse sentido, ao estabelecer a conexão entre direito e moral, nada mais se faz do que reabrir a discussão que foi anteriormente solucionada pela lei, de modo que novas possibilidades de questionamentos acerca do que é ou não “bom” ou “justo” nas condutas sejam elencadas.

Dessa forma, o direito não é compatível com a moral, pois, enquanto a moral atua na incerteza, reabrindo a discussão acerca do que fazer, o direito soluciona esse tipo de problema impondo um determinado curso de ação independentemente das razões de primeira ordem dos indivíduos. Assim, o direito possui autoridade inexistente na moral. O que J. Raz quer demonstrar é que a adoção de conteúdos morais no direito é impossível e contraditória, pois o direito requer uma autoridade (que as leis necessitam) que os conteúdos morais não conseguem proporcionar. *Autoridade,* pois as leis se impõem independentemente da aceitação dos indivíduos.

O que assegura, entretanto, que essa autoridade seja legítima? Em outras palavras, por que os agentes deveriam acatar as decisões do direito? Para Raz, a justificativa de que as razões protegidas (preemptivas) são as que devem ser adotadas se fundam na promessa de que a longo prazo as razões protegidas são melhores que o raciocínio moral, contingente e casuístico das pessoas. Dessa forma, a autoridade atua como serviço, pois facilita o alcance dos interesses gerais (coletivos). Se satisfeita essa condição, isto é, se a autoridade consegue demonstrar que as razões protegidas são melhores que as razões de primeira ordem dos indivíduos, ela é considerada uma *autoridade legítima.*

A conclusão acerca da negativa de Raz à moral no direito segue o seguinte raciocínio: normas jurídicas serem jurídicas porque tem conteúdo moral seria impossível, porque isso seria contraditório com a *autoridade* que normas jurídicas precisam reivindicar. Como seria contraditório com a *autoridade* das normas jurídicas, então é conceitualmente impossível um sistema jurídico cujas normas se tornem jurídicas por terem conteúdos morais.

4 I O POSITIVISMO EXCLUDENTE DE SCOTT SHAPIRO

Em um primeiro momento, no artigo *“Was inclusive legal positivism founded on a mistake? (2009)”,* Scott Shapiro ocupa-se em demonstrar que a aceitação de Hart no pós-escrito às regras morais no Direito, como os princípios, é contraditória com a compreensão sobre *regras* que o próprio Hart endossa. Para Shapiro, uma regra jurídica deve fazer

diferença prática sobre uma determinada conduta, isto é, a pessoa só deve agir se motivada pela regra. Entretanto, se a conduta for guiada por uma regra moral incorporada ao direito, não há diferença prática entre seguir a moral ou essa regra jurídica. A regra jurídica deve fazer *diferença prática* no curso de ação dos indivíduos. Desse modo, a incorporação de regras morais prejudica a função do direito. Visto desse modo, a regra com conteúdo moral não determina o curso de ação do indivíduo, apenas demanda seguir o curso moral natural. Em suma, não faz *diferença prática* (SHAPIRO, 2009).

Em um segundo momento, no livro *Legality (2011)*, Shapiro caminha para sua principal tese, a *tese dos planos (ou planejamentos).* Para Shapiro, as regras jurídicas representam planos, isto é, são acordos estabelecidos consensualmente que determinam um modo de ação *pro futuro*. As regras jurídicas representam uma síntese sobre uma discussão moral, de modo que os participantes definiram que nos casos posteriores em que surgirem as mesmas divergências entre os agentes, a regra estabelecerá um modelo de conduta (SHAPIRO, 2011). Por exemplo, a pena do crime de homicídio simples, reclusão de seis a vinte anos, representa uma deliberação anterior na qual os agentes sociais se acordaram em determinado sentido para quando um homicídio vier acontecer, a pena será imposta dentro desse limite. No âmbito legislativo, provavelmente houve discussões morais diversas acerca dessa punição, alguns sustentaram a pena de morte ao homicida, outros, a pena perpétua, por exemplo, mas a que prevaleceu foi punição demonstrada acima. Desse modo, a todo homicídio simples será aplicada a pena dentro desses limites mínimos e máximos.

O que faz Scott Shapiro sustentar um positivismo excludente, nesse caso? Para Shapiro, quando o direito admite regras morais, ele reabre a discussão em cada caso sobre as posições morais possíveis. No nosso exemplo, se o preceito secundário do tipo penal contivesse um conteúdo moral, como estabelecendo que a pena do homicídio deve ser "justa", em cada novo homicídio reabriríamos as discussões morais das pessoas, sendo que alguns admitiriam a pena de morte como justa e outros a pena perpétua como justa para o homicida. O que a regra jurídica faz é reafirmar os planos acordados anteriormente independentemente dos interesses pessoais. Por isso, o direito não pode incorporar conteúdos morais, pois eles sempre atuam na incerteza reabrindo as discussões em cada caso (SHAPIRO, 2011).

Desse modo, a regra é um plano que deve ser seguido e aplicado quando as discussões posteriores a ela vierem à tona. Se nas regras há conteúdo moral, o direito perde sua função essencial de segurança e estabilidade, em que prevê as consequências para as condutas. Além disso, as regras funcionam como garantia para os indivíduos.

O raciocínio de Shapiro em nada difere de J. Raz, pois também acentua a incompreensão em ter normas jurídicas com conteúdos morais. Eles endossam que o raciocínio jurídico em nada necessita, como complementação, de um raciocínio moral. Mesmo que uma norma seja moralmente injusta, ela deve ser aplicada, pois, o raciocínio

jurídico é autônomo.

Nesse sentido, à primeira vista, a acusação de que o positivismo legitimou o nazismo e o fascismo parece correta. Mas é justamente o contrário. A teoria positivista dispõe que os juízes, nos casos, não raciocinam unicamente sob o ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista prático (ou político), isto é, eles devem considerar várias outras razões e situações para chegarem ao resultado correto. Raz vai dizer que um juiz pode aplicar um princípio moral em um caso, mas isso não significa que o raciocínio moral incorpora o direito, é a função prática (política) do juiz que o faz aplicar (RAZ, 1995). Desse modo, afastam-se as acusações nas quais o positivismo sofreu, a de sustentar um modelo ditatorial como os nazista e fascista. Os positivistas demonstram que o raciocínio jurídico difere da prática jurídica. Um juiz positivista em nada erraria se adotar princípios morais na adjudicação, isso porque o raciocínio do magistrado não se limita "ao direito", endossa também outros padrões.

5 I CONCLUSÃO

O presente artigo teve por intuito apresentar a versão mais radical do positivismo jurídico, o *positivismo excludente*, de modo a reconhecer a *responsabilidade* dos seus defensores em seus argumentos. Conforme Dworkin apresenta, a *responsabilidade* é o único elemento que podemos exigir dos agentes morais (DWORKIN, 2014). O positivismo excludente trabalha com integridade os seus argumentos, isto é, mesmo que posições majoritárias atuais divergem completamente dessa postura teórica, ele engloba suas conclusões em uma gama de valores que fazem sentido mutuamente.

O positivismo jurídico é uma teoria que se sustenta no debate acerca da teoria do direito no mundo, mesmo com fortes críticas de R. Alexy e R. Dworkin. Seus teóricos possuem um raciocínio refinado e filosoficamente construído, de modo que essa tradição se apresenta com fundamentos ainda válidos para a sociedade atual. Desse modo, adentrando especificamente no raciocínio jurídico positivista, é possível afirmar que faz sentido sustentar que a incorporação da moral no direito pode acarretar prejuízos à segurança e estabilidade do direito. Os conteúdos morais podem gerar incertezas sobre uma deliberação prática, ao mesmo tempo que retarda o curso judicial sempre que reabre a conteúdos morais, de modo que há uma quantidade imensa de argumentos a serem considerados. As regras jurídicas são objetivas, por isso, mais céleres na solução.

O grande desafio do positivismo jurídico atual seja, talvez, contrapor à altura a afirmação de Dworkin sobre a verdade na moral, estabelecida em seu último grande livro, *Justiça para Ouriços (2011)* (DWORKIN, 2014). Nele, contrapondo às teorias metaéticas, Dworkin assinala haver conteúdos morais objetivamente determinados, há verdade na moral, consequentemente, é possível uma decisão judicial correta nos casos difíceis *(hard cases).* Se o raciocínio positivista se limita a apresentar as incertezas da moral, como ela é

plural e heterogênea, não autorizando incorporá-las ao raciocínio jurídico, um novo contra argumento positivista deve dar conta desse novo ataque.

Os positivistas excludentes, através do argumento da separação de funções do juiz, isto é, que o juiz também tem uma função prática (ou política), podendo utilizar os princípios para decidirem os casos, resolvem grande parte dos ataques sofridos. O principal deles, de o modelo positivista sustentar o nazismo e o fascismo, pode ser facilmente afastado, pois, a responsabilidade política do juiz, de prestar contas à sociedade em sua atuação, o proíbe de seguir em sentido contrário às liberdades, dignidade e à igualdade. Desse modo, a teoria positivista se apresenta como um modelo que consegue oferecer respostas aos problemas modernos, diferentemente do que sustentam a doutrina majoritária.

Portanto, o positivismo jurídico é um modelo teórico extremamente responsável e coerente em suas posições, que não nega os problemas atuais, ao contrário, os soluciona com uma complexidade teórica, como em Joseph Raz e Scott Shapiro. Este artigo teve por intuito demonstrar como a tradição positivista é complexa e não merece muitas das acusações sofridas no pós-guerra. Não incorporar conteúdo moral no direito não significa estar acatando modelos autoritários.

REFERÊNCIAS

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott; HIMMA, Kenneth Einar. *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: Justiça e Valor.* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito.* Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RAZ, Joseph. *Ethics and the public domain: Essays in the morality and politics*. Oxford University Press Inc., New York, 1995.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 1983.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. The Belknap Press of Harvard University Press, London, England, 2011.

SHAPIRO, Scott. *Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?.* Ratio Juris, págs. 326-338. Setembro, 2009.

CAPÍTULO 9

CORONELISMO E O VOTO DE CABRESTO: A RELAÇÃO DE PODER NA PRIMEIRA REPÚBLICA

Data de aceite: 01/04/2022

Iracema de Cássia da Silva Negreiros
Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Mestranda do Programa de Pós-graduação Sociedade e Cultura na Amazônia²

Gláucio Campos Gomes de Matos
Professor e orientador do Programa de Pós-Graduação Sociedade e Cultura na Amazônia/ PPGSCA/IFCHS/UFAM

GT8 – Estado, Desenvolvimento e Direitos Humanos: Desafios Sociais e Políticos

RESUMO: Este artigo discorre sobre as características políticas da Primeira República do Brasil, período que vai de 1889 a 1930, também conhecida como República da Espada, República das Oligarquias e República dos Coronéis. Este trabalho irá se limitar ao período denominado República dos Coronéis, caracterizado pelo mandonismo – presente no país desde os primórdios da colonização, como caractere da política tradicional, clientelismo – troca de bens e serviços por apoio político, e o coronelismo – prática de cunho político-social, própria do meio rural e das pequenas cidades do interior. Nesse contexto, far-se-á uma análise das relações de poder existentes à época, dadas as figurações e relações de interdependência entre dominantes e dominados, passando-se pelas "eleições a bico de pena" - eleições fraudulentas comumente realizadas na Primeira República e o "voto de cabresto" - mecanismo de acesso aos cargos eletivos por meio da compra de votos, a utilização da máquina pública ou o abuso do poder econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Primeira República. Figurações. Relações de Poder. Coronelismo. Voto de cabresto.

CORONELISM AND THE CABRESTO VOTE: THE POWER RELATIONSHIP IN THE FIRST REPUBLIC

ABSTRACT: This article discusses the political characteristics of the First Republic of Brazil, from 1889 to 1930, also known as the Republic of the Sword, the Republic of the Oligarchies and the Republic of the Colonels. This work will be limited to the period known as the Republic of the Colonels, characterized by mandonism – present in the country since the beginning of colonization, as a character of traditional politics, clientelism – exchange of goods and services for political support, an coronelismo – political practice-social, typical of rural areas and small towns in the interior. In this context, an analysis will be made of power relations existing at the time, give the figurations and interdependence relations between dominant and dominated, going though "pen and ink elections" – fraudulent elections commonly held in the First Republic and the "halter vote" – mechanism of access to elective positions through the purchase of votes, the use of public machinery or the abuse of economic power.

KEYWORDS: First Republic. Figurations. Power relationships. Coronelismo. Halter vote.

1 I INTRODUÇÃO

Descontentes com a monarquia, os militares, aliados a uma parcela da sociedade, especialmente as oligarquias paulistas, organizaram um movimento, liderado por Marechal Deodoro da Fonseca, para destituição do Visconde de Ouro Preto do Gabinete Ministerial. Assim, em 15 de novembro de 1889, proclamou-se a República, dando-se início ao período denominado Primeira República (1889-1930).

O período de 1889-1898, assinalado por crises, marcou a consolidação das estruturas políticas e econômicas da Primeira República. O período entre 1898-1921 foi marcado pela definição de políticas como a dos governadores e a do café com leite. E o período de 1921-1930 foi marcado pelo conflito entre as oligarquias, os quais contribuíram para o seu declínio (FAUSTO, 2013).

Na prática, a política dos governadores funcionava pela troca de apoio entre o Governo Federal e as oligarquias, ou seja, o Governo Federal daria apoio à oligarquia mais poderosa de cada Estado se essa se comprometesse a eleger deputados dispostos a atuar em favor do governo no legislativo.

O funcionamento da mencionada política dependia da figura do coronel, pois seria ele que, em nível regional, iria mobilizar os votos indispensáveis à eleição do candidato "certo", segundo o interesse de cada oligarquia, o conhecido *voto de cabresto*.

A política do café com leite, em referência a São Paulo que era o maior produtor de café do Brasil e Minas Gerais que era o maior produtor de leite, por sua vez, ganhou força a partir da assinatura do Pacto de Ouro Fino, entre as oligarquias de São Paulo e Minas Gerais, que revezavam-se no lançamento de candidatos à Presidência da República (FAUSTO, 2013)

No Amazonas, o coronelismo era ditado pelos seringalistas, proprietários dos grandes seringais, os quais ficaram conhecidos como "coronéis de barranco". Com o início da Era Vargas, em 1930, que se estendeu por quinze anos, a Primeira República chegou ao fim. (COSTA, 2014)

Para este trabalho, vamos nos apropriar do conceito de poder imbricado na figuração do votar no período da Primeira República, sustentado pelos pressupostos teóricos de Norbert Elias (2011), no entendimento de que "o equilíbrio do poder não se encontra unicamente na grande arena das relações entre os Estados. O poder constitui um elemento integral de todas as relações humanas". Elias esclarece que "o poder é uma ocorrência quotidiana. O equilíbrio do poder é pelo menos bipolar e, usualmente, multipolar". "O poder pode ser distribuído muito desigualmente, porém, sejam grandes ou pequenas as diferenças de poder, o equilíbrio de poder está sempre presente onde quer que haja uma interdependência funcional entre pessoas" (ELIAS, 2011, p.81)

Elias (2011) contribui com o avanço das discussões ao nos fornecer o conceito de figuração. Esta expressa a ideia de que os seres humanos vivem numa relação

de interdependência funcional, já que em toda figuração há relações de poder e de conhecimento.

Em sua obra intitulada Introdução à Sociologia (2011, p.15) Elias diz que "as pessoas, através de suas disposições e inclinações básicas, são orientadas umas para as outras e unidas umas às outras das mais diversas maneiras. E prossegue: " estas pessoas constituem teias de interdependências ou configurações de muitos tipos, tais como famílias, escolas, cidades, estratos sociais ou Estados.

O autor nos faz entender, por meio do conceito de figuração, que o conceito de poder se transformou de um conceito daquilo que subsiste por si, isto é substância, em um conceito de relação:

> No seio das figurações mutáveis – que constituem o próprio centro do processo de configuração – há um equilíbrio flutuante e elástico e um equilíbrio de poder, que se move para diante e para trás, inclinando-se primeiro para um lado e depois para outro. Este tipo de equilíbrio flutuante é uma característica estrutural do fluxo de cada configuração. (ELIAS, 2011, p.143).

Como dito, este artigo traz reflexões sobre o cenário político da Primeira República, também conhecida como República dos Coronéis, marcada pelo mandonismo, clientelismo e coronelismo. Nesse contexto, analisa as relações de poder determinadas pelas figurações existentes nesse período, as quais redundaram nas "eleições a bico de pena" e no "voto de cabresto".

2 I A PRIMEIRA REPÚBLICA E O DIREITO AO VOTO

É por meio do voto, instrumento da soberania popular, que todo cidadão exerce o sufrágio universal, ou seja, o direito de votar e ser votado. A Constituição Federal em vigor, prevê, em seu art. 14, o voto direto e secreto, com a finalidade de eleger os representantes políticos na esfera municipal, estadual e federal. Diz o referido artigo que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei".

Entretanto, nem sempre foi esse o cenário, já que a relação de poder era outra na Primeira República. A esse respeito, Elias nos diz que "o alargamento do direito do voto foi a expressão institucional mais evidente desta redução de diferenças de poder. Surgiu geralmente por estágios, variando de país para país, embora a direção fosse sempre a mesma" (ELIAS, 2011, p.70).

As ideias republicanas chegaram ao Brasil sob a influência do Iluminismo do século XVIII e estiveram presentes nos movimentos emancipacionistas na colônia. O aumento do republicanismo representava uma oposição direta ao centralismo monarquista, fato que contribuía para a concepção de uma nova opção política que poderia cooptar outros desafetos do monarquismo que se transformaram em republicanos, por pura conveniência

(SIQUEIRA, 2019).

A contar dos anos 1860, a tradição republicana se perdeu. As alternativas políticas, administrativas e sociais concebidas no seu interior foram abafadas, não conseguiram dar forma e conteúdo à comunidade política brasileira. A República que se instalou no Brasil, a partir de desse momento era oca, vazia de tradição.

Com a extinção do Império e a proclamação da República, em 1889, partiu-se para a elaboração do projeto da nova Constituição que resultou na promulgação da segunda constituição brasileiria – Constituição de 1891, tendo como principal redator Rui Barbosa. Adotou-se, como forma de governo, a República Federativa. A Carta Magna em comento trouxe a previsão de eleições por sufrágio direto e maioria absoluta de votos para Presidente e Vice-Presidente da República (SIQUEIRA, 2019).

Seguindo a influência da Constituição dos Estado Unidos, passou-se a adotar o padrão de república federativa liberal, com a concessão de direitos aos estados da federação, antigas províncias. Os estados poderiam contrair empréstimos no exterior, já que estavam autorizados a organizar força militar, estruturar o judiciário e exercer a condição de planejadores de suas políticas econômicas.

Optou-se pela tripartição de poderes: Executivo, Judiciário e Legislativo, os quais seriam harmônicos e independentes entre si, rompendo com os anos de centralismo e hipertrofia de poderes no contexto imperial. Houve a divisão entre Câmara dos Deputados e o Senado Federal (bicameralismo). A forma republicana ia ao encontro do sistema presidencialista de governo, com um corpo de ministros escolhidos segundo a vontade do presidente da República, evidenciando-se a colaboração entre ambos (ALQUATTI, 2020).

A Constituição de 1891 trouxe a separação entre Igreja e Estado, construindo um Estado laico no Brasil. Em decorrência disso, várias funções que no período do Império eram exercidas pela Igreja passaram ao controle do Estado. Tais modificações traduziam a tentativa das autoridades republicanas de minimizar as antigas tensões entre Estado e Igreja, pois, ao declarar-se laico, o Estado deixava de se comprometer com uma religião oficial.

Diferente da primeira constituição brasileira, Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador, a qual previa o voto censitário (baseado na renda dos eleitores), a Constituição de 1891 estabelecia o voto masculino, deixando de fora as mulheres e analfabetos (maior percentual da população daquele período), menores de 21 anos, entre outros (FIGUEIREDO, 1994).

Acerca dessas mudanças, Elias tece as seguintes considerações:

> Muitas vezes, o direito de voto estendeu-se primeiramente à classe média proprietária, depois a todos os adultos, tanto homens como mulheres. Uma visão da história que descreve as mudanças sociais como resultado de acontecimentos individuais específicos pode facilmente levar à conclusão de que a legislação estatal de alargamento do direito do voto foi a causa do aumento comparativo do poder dos governados relativamente aos

> governantes (ELIAS, 2011, p. 70).

Uma das características da República é a participação popular e sua representatividade na definição de políticas públicas. Havia, naquele momento, a necessidade de ampliar os mecanismos garantidores da participação política, mas que, na prática, excluíssem as classes menos privilegiadas. O voto era um direito de todos os homens, desde que alfabetizados, em uma população predominantemente analfabeta, rural e de escravos auforriados há pouco tempo, constituíndo uma forma de exclusão.

Sobre a exclusão, Elias e Scotson, na obra Estabelecios e Outsiders, ao estudarem uma comunidade Inglesa, denominada Winston Parva, esclarecem:

> Mediante um exame mais detido, é frequente poder-se descobrir que, também nesses outros casos, tal como em Winston Parva, um grupo tem um índice de coesão mais alto do que o outro e essa integração diferencial contribui substancialmente para seu excedente de poder; sua maior coesão permite que esse grupo reserve para seus membros as posições sociais com potencial de poder e de outro tipo, o que vem reforçar sua coesão e excluir dessas posições os membros dos outros grupos – o que constitui, essencialmente, o que se pretende dizer ao falar de uma figuração estabelecidos – outsiders. (ELIAS, SCOTSON, 2000, p. 22)

O poder estabelecido entre os proprietários rurais sobre seus empregados servia para sustentar não somente o poder local, mas toda uma relação política, conhecida como “política dos governadores”, que consistia em uma troca de favores que ia do nível municipal ao federal e funcionava da seguinte maneira: na esfera municipal, em troca de benefícios, o grande proprietário rural – coronel – garantia os votos para a eleição do governador. Na esfera estadual, o governador, em troca de apoio, garantia os votos para a eleição do governo federal. Tal sistema viabilizou a “política do café com leite”, fortalecendo e consolidando o poder nessa figuração e nas relações de interdependências ampliadas.

Sobre o poder, enfatiza Elias:

> Dependemos dos outros, os outros dependem de nós. Na medida em que somos mais dependentes dos outros do que eles são de nós, estes têm poder sobre nós, quer nos tenhamos tornado dependentes deles pela utilização que fizeram da força bruta ou pela necessidade que tínhamos de ser amados, pela necessidade de dinheiro, de cura, de estatuto, de uma carreira ou simplesmente de estímulo (ELIAS, 2011, p. 101).

As disputas políticas do período resumiam-se a conflitos entre diferentes facções locais e estaduais, cada uma delas interessada em sequestrar o Estado para os seus interesses. As oligarquias dos outros estados, que, historicamente, não tinham tanta força política, submetiam-se às orientações que eram traçadas pelas oligarquias que dominavam a política nacional.

Nesse período, o controle das eleições, a cargo do Legislativo, tornou-se instrumento de manipulação de grupos políticos pertencentes aos Estados mais poderosos da Federação, que revezavam-se na escolha dos Presidentes da República, minando os

mandatos oposicionistas que conseguiam vencer na fase eleitoral (política do café com leite, protagonizada pelos estados de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente).

Vejamos o que relata Afonso Arinos a respeito do tema:

> Foi um dos vícios insanáveis da Primeira República, uma das chagas profundas que lhe corromperam o organismo, pois ao mesmo tempo que curvava o Congresso em face do executivo, colocando a sorte dos eleitos à mercê das preferências palacianas que conduziam os partidos, quando não de caudilhos surgidos no próprio seio das Câmaras, contribuía para enlamear os mandatos autênticos diante da opinião pública, mercê dos contágios provindos dos mandatos superiores (ARINOS, 1955, p. 491).

Após eleito, o candidato deveria ser reconhecido pela Comissão Verificadora de Poderes e Eleições. Caso sua eleição não fosse reconhecida, ocorreria a “degola” – cassação do mandato de parlamentares ou invalidação de sua eleição, sob a justificativa de que teriam cometido fraude eleitoral. Assim, o presidente deixava o caminho aberto para os governadores, que, por meio dos currais eleitorais, escolhiam deputados e senadores que apoiassem os projetos presidenciais.

Ressalte-se que, mesmo tendo forte influência na Comissão Verificadora de Poderes e Eleições, o presidente da República não a presidia, já que a presidência da referida comissão cabia ao presidente da Câmara dos Deputados, que liderava a maior bancada nesse órgão. Por esse motivo, a Comissão ficava sempre nas mãos dos representantes das oligarquias vitoriosas, permitindo sua atuação a favor da política dos governadores na Câmara Federal.

3 | O CORONELISMO

A fim de controlar as revoltas populares que eclodiram durante o período regencial (1831-1840), o governo criou a chamada Guarda Nacional. A referida guarda era patrocinada pelos grandes senhores de terras, os quais recebiam o título de “coronel”. Com a ascenção da República, a Guarda Nacional foi, aos poucos, perdendo espaço, até deixar de existir, o que ocorreu em 1922. Entretanto, o prestígio e a influência dos coronéis continuou e eles se mantiveram como chefes políticos de áreas vizinhas à sua propriedade. Tais áreas eram chamadas de currais eleitorais (CARVALHO, 1997).

Com o fim do voto censitário, houve um aumento do número de eleitores e a elite brasileira, para se manter no poder, utilizava-se do poder dos coronéis. No livro “Coronelismo, Enxada e Voto”, Victor Nunes Leal, traz a seguinte concepção de coronelismo:

> Concebemos o coronelismo como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura ecnômica e social inadequada (...) o coronelismo é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente os senhores de terras (LEAL, 1976, p.24).

Leal afirma que o coronelismo era um compromisso entre o público e o privado, um sistema político formado por uma rede de relações que ia do coronel ao presidente da República, surgido na convergência de um fato político (federalismo) com um fato econômico, isto é, a decadência dos fazendeiros com a consequente redução do poder políticos dos coronéis.

Sobre a confluência entre o político e o econômico, Elias pontua:

> Numa análise mais cuidada, à luz da sociologia do desenvolvimento, torna-se claro que o desenvolvimento das estruturas políticas e econômicas são dois aspectos absolutamente inseparáveis da evolução de toda a relação funcional da sociedade. Intimamente associados ao desenvolvimento das instituições políticas, havia muitos processos conducentes ao alargamento das cadeias de interdependência social (ELIAS, 2011, p. 154).

O termo coronel designava o chefe, o mandachuva, o grande senhor de terras, pois estes comandavam a família, os empregados, os agregados, os capangas. O coronel assumia a figura de chefe político e era a ele que se recorreria para a obtenção de votos em tempos de eleição, em outras palavras, "o dono do poder".

O coronel não era funcionário do governo, mas servia para intermediar a relação entre este e o povo do interior. Assim, o governo aliava-se ao poder privado, renunciando às suas obrigações e a população, predominantemente rural, pobre e analfabeta, submetia-se ao poder do coronel, pois isso era mais vantajoso que ficar totalmente desamparada e à mercê dos acontecimentos.

Essa relação de controle estava fundamentada nas práticas clientelistas (troca de favores) ou, ainda, na utilização da força (prática da violência), sendo muito comum que as lideranças políticas usassem métodos antidemocráticos para alcançar os seus interesses.

Nos estados, formavam-se as oligarquias constituídas por grupos de famílias e lideranças políticas que exerciam o poder em cada localidade. O coronel era um agente decisivo na vitória política das oligarquias regionais, pois possuia um papel relevante no jogo da política nacional.

4 | O CORONELISMO NA AMAZÔNIA

O processo de intervenção na Amazônia vem de longa data. Gláucio Matos, informa:

> Quem vem à Amazônia – naturalistas, missões religiosas, viajantes – encontra intervenções dos não indígenas sobre os indígenas a iniciar na exploração das drogas do sertão, se apropriando da mão de obra dos povos autóctones, conduzindo-os à posição de escravos, posteriormente com o ciclo da borracha. Nesse processo de ocupação e desenvolvimento da Amazônia, a história revela a chegada do negro como escravo e outras nacionalidade, espanhóis, franceses, holandeses e nordestinos, que contribuíram na miscigenação e a formação, daquele que se designou de caboclo/amazônida, residente em áreas de várzea e terra firme (MATOS, 2020, p. 481).

Ainda que não detivessem o título oficial, os proprietários de terra, na Amazônia, no

caso os seringalistas, eram chamados de "coronéis de barranco", da mesma forma que os aviadores da região, responsáveis pela contratação de mão de obra para o trabalho nos seringais, recebiam o título de comendador, mesmo sem sê-lo, oficialmente. No dizer de Márcio Souza, o coronel de barranco dos ciclos da borracha é um "cavalheiro citadino em Belém ou Manaus e o patriarca feudal no seringal" (SOUZA, 2001, p.182).

No Amazonas, o coronelismo foi exercido pelos donos dos grandes seringais, os quais ficaram conhecidos como "coronéis de barranco". Com o poder concentrado em suas mãos, formavam currais eleitorais, onde tinham liberdade de fazer propaganda, realizar votação aberta, apurar e assim garantir o resultado esperado pelas oligarquias locais, aliadas ao governo federal (LIMA, 2002).

Os proprietários de seringais colaboravam ativamente com o processo eleitoral na Amazônia, pois o voto de cabresto, prática ocorrida em todo o interior do Brasil, expressava-se, nessa região, pelo poder de ordenar e direcionar os votos dos seringueiros.

A figura do coronel predominava na vida social da região: era empregador, padrinho de casamento, padrinho de batismo, ou seja, todos tinham alguma relação com o coronel e a ele deviam favores e obediência.

Vejamos o que nos diz Gláucio Matos (2015) acerca dessa figuração:

> Um dos sintomas que fortalece as relações de poder em determinadas figurações é, com base em Elias (1994), o ***apego afetivo***. O apego emocional é uma condicionante que invibializa negar a lealdade. Isso é um sintoma, em todos os níveis – classes – de nossa sociedade. Por meio dos laços de amizade, de compadrio, de parentesco ou de pessoas ligadas à terra natal (conterrâneos), muitos indivíduos são capazes de manipular resultados, fazerem arranjos em benefícios próprios ou de grupo por estarem ligados a interesses econômicos, políticos ou religiosos, por não conseguirem negar o carisma (MATOS, 2015, p. 97).

O coronel exercia função importante no sistema produtivo da borracha, pois estabelecia a ligação entre o seringal e as casas aviadoras de Belém e Manaus.

A respeito dessa relação, Mendes e Queiroz (2012) pontuam:

> Nesta relação, o sucesso do seringueiro media-se pelo seu saldo no final da safra e o do seringalista pelo número de pélas de borracha exportadas para o exterior. A contabilidade dos ganhos e perdas entre seringalista e aviador eram apuradas quando se dirigiam a Manaus/Belém para receber o saldo e fazer novos pedidos, comprar novos seringais de aviadores que tinham estoque de terras, decorrentes de liquidação de dívidas, arrematar propriedades em leilões. Pode-se dizer que as relações estabelecidas pelos seringalistas com as casas aviadoras eram de bases eminentemente capitalistas. O interesse era no lucro, no ganho (Mendes e Queioz, 2012).

O coronel era, via de regra, um homem rude, pois para administrar um seringal, treinar seringueiros, comprar animais de carga, receber embarcações, administrar o barracão, fazer a contabilidade dos seringueiros, além de se encarregar da solução de conflitos entre seringueiros, deveria exercer papel de "macho", um atributo decorrente do

exercício do poder e exemplo da indelicadeza e da ausência das boas maneiras, descritas por Norbert Elias, em sua obra Processo Civilizador – uma história dos costumes (2011).

Tônico Monteiro, em um trecho do romance Terra Caída, de José Potyguara, ressalta quem é que manda e desmanda no lugar:

> No meu seringal quem manda sou eu. Eu só! Aqui, sou delegado, juiz, rei, padre, o diabo! Ningém se meta a besta! Quem faz a lei sou eu; e a lei, aqui, é bala!
>
> Embora um tanto exagerado, por vaidade ou para intimidar, a verdade é que, dentro do imenso seringal, ele é temido. Tudo resolve e decide arbitrariamente, mesmo porque autoridade, de fato, só existe na sede da comarca, distante dali quatro dias de rio abaixo (POTYGUARA, 2007, p.28).

Por outro viés, o trecho do romance nos leva a destacar, seguindo as ideias de Norbert Elias, em sua obra Sociedade dos Indivídusos (1994), o declínio da identidade *nós* para o *eu* empoderado.

Contam-se muitos "causos" sobre a figura do coronel. Dizem que acendiam charutos com notas de quinhentos mil-réis, usavam anéis cravejados de enormes diamantes, trajavam-se exageradamente, esbanjando suas fortunas.

5 | AS ELEIÇÕES A BICO DE PENA E O VOTO DE CABRESTO

Pertence ao cenário da Primeira República o "voto de cabresto", mecanismo de acesso aos cargos eletivos por meio da compra de votos com a utilização da máquina pública ou o abuso do poder econômico, recorrente no interior do Brasil, como característica do "coronelismo".

Todo esse processo de fraudes eleitorais era facilitado pela forma como se realizavam as eleições à época. A mesa receptora acumulava a função de junta apuradora, e o resultado da eleição dependia do que fora acordado entre o mesário e chefe do poder local, os quais escolhiam os eleitos, atestando o resultado das eleições mediante a elaboração de atas fraudulentas. Era comum o voto de pessoas mortas e de eleitores fictícios. Esse tipo de eleição recebeu a denominação de "eleições a bico de pena", comuns no período da Primeira República, também conhecida como República dos Coronéis (1889 – 1930) (Camparato, 2017).

À época, o voto era aberto, era fácil saber em quem o eleitor havia votado, o que proporcionava formas violentas de seu convencimento. Como dito anteriormente, as eleições eram controladas pelos chefes políticos regionais, os coronéis, que levavam os eleitores até o local de votação e os deixavam nos currais eleitorais, vigiados por jagunços. Os eleitores sequer sabiam o nome do candidato em quem votariam, o que deu origem à expressão "voto de cabresto", expressão que compara o eleitor a um animal adestrado. Do exposto, e, mais uma vez com Elias, podemos entender que, "um grupo só pode estigmatizar outro com eficácia quando está bem instalado em posições de poder das quais

o grupo estigmatizado é excluído (ELIAS, SCOTSON, 2000, p. 23).

O voto de cabresto é um dos símbolos do coronelismo. Segundo Elias (1994, p.5) “ a necessidade de símbolos comunicáveis não está também circunscrita a objetos tangíveis particulares. Ela alarga-se a todo o fundo de conhecimento de uma comunidade linguística e, em última instância, à humanidade, incluindo funções, situaçãoes, processos e os próprios símbolos”. O coronel controlava o eleitorado local em razão dos favores que o povo lhe devia. Muitos camponeses tornavam-se jagunços em nome do coronel e matavam, fraudavam e promoviam outras formas de corrupção e violência sob orientação dos grandes proprietários.

Nessa época, o Coronel se apossava dos títulos eleitorais de seus trabalhadores e o candidato era um total desconhecido para o eleitor. Se algum deles se aventurasse a perguntar ao Coronel qual o destino de seu voto, ele informava que não poderia revelar pois o voto era secreto. Acerca dessa relação de interdependência entre patrões e seus trabalhadores, Norbert Elias (2011, p.156) esclarece: “Os que ocupam a posição de patrões são interdependentes dos que ocupam a posição de trabalhadores, devido à relação funcional que existe entre as duas posições. Mas a sua dependência recíproca não é a mesma – as forças do poder não são igualmente distribuídas”. Nesse sentido, o poder dos coronéis, no Amazonas, prevaleceu mas não perdurou, pois segundo Elias (2011), o poder não é um talismã, é fruto das relações e essas se modificam na dinâmicas das figurações.

Hoje vota-se por meio da urna eletrônica e com a utilização da biometria.

A respeito do processo de tecnização e civilização, Elias argumenta:

> Tal qual a tecnização, o processo civilizador corresponde a um percurso de aprendizagem involuntária pelo qual passa a humanidade. Começou nos primórdios do gênero humano e continua em marcha, com inúmeras vicissitudes, no presente momento. Não há fim à vista. Só a direção é clara. (...) O processo civilizador pode ser demonstrado inequivocamente, com a ajuda de comparações sistêmicas, tanto entre estágios diferentes de uma mesma sociedade quanto entre sociedade distintas (ELIAS, 2006, p. 36-37).

Considerando-se que o processo civilizador é contínuo, as inovações vão se construindo na busca de uma vida melhor. A esse respeito, Elias explica:

> Possivelmente não se entenderá de imediato porque me refiro a uma vida melhor e não a uma vida boa. Pode-se iniciar uma discussão interminável sobre o significado de “vida boa”. A expressão nos traz à mente a imagem de um estado final e acabado. Em grande medida representa um ideal. Por sua vez, o termo “vida melhor” refere-se a um processo social em cujo desenvolvimento as condições de existência tornam-se não exatamente ótimas, em sentido absoluto, porém superiores em comparação a uma fase anterior (ELIAS, 2006, p. 36).

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a fraude eleitoral foi prática recorrente no Brasil, desde o Império, mas chegou a seu ápice com a Primeira República. Após 15 de novembro de 1889, data da proclamação da República, a participação popular não foi atingida, posto que a população encontrava-se afastada da política, insatisfeita com o cenário de crise com a Igreja, a corrupção e a crise agrária. Contudo, as lideranças elitistas das províncias se projetavam nacionalmente para atender a seus interesses regionais.

O voto dos analfabetos não havia sido contemplado pela Constituição em vigor; entretanto, muitos deles votavam, pois os coronéis lhes entregavam papéis escritos com o nome de seus candidatos para que depositassem na urna. O transporte aos locais de votação também era financiado pelos coronéis que, desta forma, garantiam seus interesses, mexendo as peças do tabuleiro político como bem lhes conviesse.

Além da fraude, havia a venda de votos e as promessas que os oligarcas faziam aos camponeses e empregados locais. Para as situações nas quais a venda de votos não garantia a lealdade do voto, utilizavam-se formas de convencimento mais duras, como a violência.

As “eleições a bico de pena” e o “voto de cabresto”, práticas amplamente utilizadas no Brasil, de norte a sul, eram representações simbólicas da Primeira República.

Embora a República tenha sido idealizada visando ampliar os direitos de todos por meio da economia liberal e da amplitude da representatividade, não logrou êxito nos primeiros pleitos, já que o voto só passou a ser secreto em 1932. Gradualmente as figuração foram se transformando e, com a migração do eixo econômico da zona rural para a zona urbanao, o coronelismo foi perdendo espaço.

O processo social, na concepção de Elias, sofre transformações contínuas, amplas e de longa duração e, no campo das eleições, o avanço é visível, dadas as modificação ocorridas ao longe do tempo. Hodiernamente, o voto é universal, secreto, inclusivo, com a utilização da tecnologia, o que nos garante agilidade e maior confiabilidade.

E assim caminha a humanidade, passando indefinidamente por transformações,em busca de melhores dias.

REFERÊNCIAS

In ALQUATTI, Gabriela Soares. *Separação dos Poderes: A Tripartição do Poder do Estado A Organização dos Poderes e suas Funções Típicas e Atípicas*. IESB – Instituição de Ensino Superior de Bauru/SP - maio de 2020.

ARINOS, Afonso. *Um estadista da república***.** Rio de Janeiro: José Olímpio, 1955.

BRASIL. *Código Eleitoral* **-** Lei nº 4.737, de 15-07-1965, atualizada pela Lei 9.504, de 30-09-1997. 17 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção Saraiva de Legislação).

CAMPARATO, Fábio Konder. *A oligarquia brasileira*: visão histórica. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CARVALHO, José Murilo de. *Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual.* Dados, Rio de Janeiro , v. 40, n. 2, p. , 1997.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1994.

______, Norbert. *Escritos & ensaios*: 1 Estado, processo, opinião pública. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2006.

______, Norbert. *Introdução à sociologia*. 4. ed. São Paulo: Edições 70, 2011.

______, Norbert. *Teoria Simbólica*. Celta Editora, 1994.

______, Norbert. SCOTSON, John L. Os estabelecidos e os outsiders – sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Jorge Zahar Ed, 2000.

_____, Norbert. *O processo civilizador* – Uma história dos Costumes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2011.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2013, p. 222-223.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. 2ed. rev. alt. Brasília, TSE/SDI, 2005.

FIGUEIREDO, Rubens, MALIN, Mauro (Orgs.). *A conquista do voto - como agem os especialistas nas campanhas eleitorais*. São Paulo: Brasiliense, 1994. 192 p.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Alfa-ômega, 1976.

LOPES, Fláucia do Prado Fonseca Lopes. *A Justiça Eleitoral no Brasil*: evolução do sistema eleitoral, da colônia ao voto eletrônico. Brasília-DF, 2008.

MATOS, Gláucio Campos Gomes de. *Ethos e figurações na hinterlândia amazônica*. Manaus: Editora Valer/Fapeam, 2015.

MATOS, Gláucio Campos Gomes de. Norbert Elias para o pensamento social e a compreensão da gênese do processo civilizador ocidental na Amazônia/Amazonas. In *Norbert Elias em debate: usos e possibilidades de pesquisa no Brasi [livro eletrônico]*. Coleção singularis, volume VI. Ponta Grossa: Textos e Contextos, 2020.

MENDES, Francielle Maria Modesto; QUEIRÓS, Francisco Aquinei Timóteo. *O Coronelismo "bem engomado" da Amazônia*. A Palavrada. Bragança – PA, p. 79-92, 2012.

NETO, João Rozendo Tavares. *A República no Amazonas: Disputas políticas e relações de poder (1888-1896)*. Manaus, 2011.

NICOLAU, Jairo Marconi. *Eleições no Brasil*: do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

POTYGUARA, José. *Terra Caída*. São Paulo. Globo, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, José Néri da. *Aspectos do processo eleitoral***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIQUEIRA, Karulliny Silverol. *Republicanismo ou republicanismos? Ideias de república na província do espírito santo*, 1887-1889. Almanack, Guarulhos , n. 23, p. 454-499, Dec. 2019.

SOUSA, Edvaldo Ramos. *A Justiça Eleitoral de 1932 ao voto eletrônico*. Projeto Memória Eleitoral, 2002.

SOUZA, Márcio. *Breve História da Amazônia*. Rio de Janeiro: Agir,2001.

CAPÍTULO 10

TEORIA JURÍDICA INSTITUCIONAL: UM OLHAR SOBRE A GOVERNANÇA DOS COMUNS

Data de aceite: 01/04/2022

Antonio Paulo da Silva
Doutorando em Ecologia e Saúde Ambiental, pela Universidade Fernando Pessoa
Instituição: Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará
Fortaleza, Ceará

Maria João Simas Guerreiro
Professora Associada da Universidade Fernando Pessoa
Instituição: Universidade Fernando Pessoa, Faculdade de Ciência e Tecnologia
Porto, Portugal

Samíria Maria Oliveira da Silva
Professora Adjunta do Departamento de Engenharia Hidráulica
Instituição: Universidade Federal do Ceará
Fortaleza, Ceará,

RESUMO: O propósito deste trabalho é trazer o olhar da Teoria Jurídica Institucional para o estudo dos bens comuns. Propõem-se demonstrar que, a partir de alguns ajustes, a visão jurídica institucionalista se mostra compatível e capaz de agregar valor à abordagem dos Sistemas Sócio-Ecológicos proposta por Elinor Ostrom. Desta forma, o presente artigo considera as contribuições trazidas pelo *Institucional Analysis and Development* (IAD) e o *Social-Ecological System* (SES) ao passo em que se afasta da teoria convencional dos bens comuns.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Institucional, Jurídica, Governança, Comuns.

INSTITUTIONAL LEGAL THEORY: A LOOK AT THE GOVERNANCE OF THE COMMONS

ABSTRACT: The object of this study is presenting the perspective of Institutional Legal Theory to the study of commons. It is proposed to demonstrate, through some adjustments, that the institutionalist legal vision proves compatible and capable of increase value to the Socio-Ecological Systems approach proposed by Elinor Ostrom. Therefore, this article considers the contributions from Institutional Analysis and Development (IAD) and Social-Ecological System (SES) while moving away from the conventional theory of commons.

KEYWORDS: Institutional Theory, Legal, Governance, commons.

1 I INTRODUÇÃO

A compreensão do uso dos bens comuns, da ação coletiva e do direito de propriedade, fundada na “crença” da tragédia dos bens comuns proposta por Garrett Hardin (1968), e até então aceita por autoridades públicas, foi impactada de forma vigorosa pelos estudos de Ostron (2011) e seus colaboradores. A linha de pensamento anterior enfatizava as dificuldades da ação coletiva afirmando que a exploração de forma insustentável dos recursos comuns seria inevitável e as únicas possibilidades de se afastar o exaurimento desses recursos seriam a sua privatização ou o seu controle estatal.

Hardin (1968), partindo da premissa de que não haveria direitos de propriedade nem direitos ou deveres específicos ao pastoreio da terra, concluiu, no que foi descrito como a tragédia dos bens comuns, que cada homem estaria fechado em um sistema que o induziria a querer aumentar cada vez mais suas posses sem limites. A lógica de Hardin se mostrou compatível com a teoria econômica dos direitos de propriedade na qual a propriedade comum se equipararia à ausência de direitos exclusivos e efetivos e, portanto, incapazes de permitir o retorno de investimentos (ANDERSON E HILL, 1990). Segundo esse entendimento, a exploração dos recursos comum traz em si um dilema social pois cada indivíduo procura limitar seus custos na medida em que espera aumentar seus lucros, beneficiando-se da contribuição dos outros numa postura oportunista.

Contrariando as ideias da teoria convencional, Amy et al. (2011) afirmam que os estudos de campo, experimentos de laboratório e de campo, o uso da teoria dos jogos, além de modelos baseados em agentes demonstraram, de forma conclusiva, a possibilidade de que indivíduos se utilizem de recursos comuns de forma sustentável. O fato é que muitos estudos dentre os quais podem ser citados os de Hayes e Ostron (2005), Andersson, Gibson e Lehouqc (2006), Webb e Shivakoti (2008), Chhatre e Agrawal (2008), permitiram a evolução da teoria da ação coletiva e dos bens comuns de forma a estabelecer um novo paradigma para a governança dos bens comuns. Evidenciaram que uma grande quantidade de condições, tais como o regime de propriedade, os resultados sociais, econômicos, o modo como a fiscalização interage, as políticas que envolvem a descentralização e o manejo de áreas protegidas, influenciam a ação coletiva de forma que não há suporte empírico para indicar que os indivíduos sempre maximizam os retornos materiais em curto prazo e em detrimento de outros atores.

Para Ostrom (1990), por meio da governança, as comunidades têm a capacidade de se organizarem em diferentes locais e momentos, objetivando a gestão de um bem comum de forma efetiva, eficiente e estável assegurando a sua sustentabilidade. A solução do problema do dilema da ação coletiva estaria, portanto, na promoção da governança e não nas soluções apontadas na teoria apresentada por Garret Hardin (1968). A autora propõe a existência de vários centros de decisão ("núcleos policêntricos") que podem funcionar independentemente ou de maneira interdependente (Ostron, 2010). Esses ambientes de decisão permitem uma abordagens e a análise de sistemas gerenciados de forma partilhada em que as regras, normas e sanções são definidas pelos próprios usuários, em arranjos institucionais.

A necessidade de uma teoria da ação e da compreensão dos usos de bens comuns que levassem em consideração a complexidade e os múltiplos níveis de análises possíveis, levou a criação, inicialmente, do *Institutional Analysis and Development* (IAD) *Framework* que em seguida evoluiu para um esquema ontológico de um sistema sócio-ecológico em que são vinculadas a matriz do IAD com a abordagem da teoria dos Sistemas Sócio-Ecológicos (SES).

Neste trabalho, propõe-se acrescentar o olhar da Teoria Jurídica Institucional aos diversos níveis de situação de ação (constitucional, escolha coletiva e operacional), indicados no quadro teórico de Ostrom, com o propósito de evidenciar a existência de arranjos institucionais que permitam o uso sustentáveis de um recurso comum. A nova abordagem, a partir da simples análise das normas que constituem o microsistema jurídico, permite a avaliação da legitimidade das interações entre os atores e da existêcia de regras de poder que permitam a criação de novos "espaços" jurídicos-institucionais. Assim, podem ser evidenciados a previsão normativa de princípios mínimos necessários não só à atuação dos atores, mas que levem em consideração as questões externas que afetam o bem comum, a exemplo do que ocorre com as situações advindas das mudanças climáticas.

2 I A TEORIA JURÍDICA INSTITUCIONAL E O FRAMEWORK DE OSTROM

Não obstante se reconheça que a Teoria Jurídica Institucional tenha se desenvolvido no século XX por doutrinadores como Maurice Hauriou e Santi Romano, neste trabalho será adotado os contornos atuais da teoria apresentados e difundidos no "ambiente" jurídico por MacCormick (2007).

O institucionalismo se desenvolveu tendo como preocupação inicial o direito constitucional, administrativo e a respostas a indagações do tipo: "Como integrar as pessoas em estruturas e projetos coletivos e assegurar as relações interpessoais e a interdependência mútua?" e "De onde vem a legitimidade das autoridades políticas?" (Zamora et al, 2015). A teoria faz um contraponto ao positivismo extremo segundo o qual o direito se compreende, exclusivamente, por meio das normas jurídicas.

Para MacCormick (2007), o direito corresponde a uma ordem normativa institucional vista como um conjunto de expectativas sociais às quais podem ser atribuídas inúmeras ações praticadas pelos participantes. A formação de uma fila, a exemplo do que ocorre em um supermercado, é utilizada pelo autor para ilustrar o fenômeno. Sem a existência de uma norma específica, afirma o citado autor, as ações praticadas pelos participantes de uma fila ocorrem em respeito ao fato de saberem o que é certo fazer intuitivamente, baseados em uma expectativa ou em um entendimento mais ou menos parecido acerca do que é uma fila e quando se deve formá-la. É possível que ao se tentar articular explicitamente as regras de formação as pessoas deem instruções um pouco diferentes sobre o exato significado da fila, mas um entendimento parecido a esse respeito possibilita a coordenação da ação de forma bem-sucedida. A formação da fila nasce a partir da convergência interpretativa de algumas ideias que dão origem a uma comunidade de ideias ao que o autor chama de convenção (MacCormick, p.309, 1998).

MacCormick (2007) afirma ainda que a ordem normativa do direito não pode se basear meramente em convenções sociais, uma vez que o desrespeito às prescrições do sistema podem trazer consequências mais desastrosas para o processo de integração

social do que simplesmente uma fila não atingir a sua finalidade. Para o autor, faz-se necessário a introdução de um maior grau de certeza na compreensão do conteúdo e da eficácia das normas jurídicas o que pode ser alcançado com regra e autoridade. Esses são os dois mecanismos que permitem sairmos de uma ordem normativa informal, como a da fila de um supermercado, para uma ordem normativa formal, como a do direito.

Diferentemente do positivismo jurídico, o institucionalismo parte de um conjunto abstrato de valores aos quais os integrantes das práticas sociais aderem ao se engajarem em articulações a respeito do que é correto fazer. Além disso, o conjunto de expectativas da ação está moldado por valores em um contexto social, político e econômico específico.

Na Teoria Jurídica Institucional, o conceito de instituição vai além das normas que definem uma entidade como um tribunal, um parlamento ou um governo, incluem também aquilo a que os juristas chamam de instituto, tais como a família, a filiação, o contrato, a herança, dentre inúmeros outros exemplos que podem ser classificados em um plano abstrato (instituição tipo) ou concreto (instituição item) (ZAMORA et al, 2015, p. 208). A instituição tipo (tipo ideal, categoria) constitui o instituto em abstrato ou de existência no plano jurídico, tal como um contrato em geral, enquanto as instituições item (caso concreto) estão no plano social em conformidade com normas universalmente aceitas.

As instituições são definidas por meio de regras de três tipos, a saber: regras constitutivas, regras consecutivas e regras terminativas. As regras constitutivas, definem o contorno das instituições, ou seja, determinam as condições dentro das quais podem se afirmar o reconhecimento e identificação da instituição tipo e, na medida em que define os contornos, a existência de cada uma das instituições item.

As regras consecutivas determinam, após criado os contorno de uma instituição, o conjunto de relações que se seguem, tais como os direitos, as obrigações, as imunidades, os poderes, as faculdades, as prerrogativas, as sujeições, as sanções, dentre outras. Essas regras condicionam a ação social no espaço e no tempo definindo a operatividade das instituições.

Por último, as regras terminativas que definem as condições por meios das quais se conclui ou extingue-se uma instituição abstrata (tipo) ou concreta (item) além de preveem o regime transitório a ser aplicado ao se consumar a extinção.

Passa-se, nas linhas que se seguem, a apresentar o quadro teórico (*framework*) de Ostron, idealizado para a investigação analítica e sistemática da ação coletiva de um grupo na esploração de um bem comum. A compatibilidade com a Teoria Jurídica Institucional fica evidenciada à medida em que o referido *framework* leva em consideração as interações dos atores entre si e entre estes e o meio ambiente que os cercam.

A figura 1 apresenta uma visão panorâmica do processo cíclico do IAD *framework*. Em destaque, podem ser vistas a Arena de Ação e as variáveis externas que a influenciam, compostas pelas condições biofísicas, os atributos da comunidade (cultura) e as regras institucionais (regras em uso).

A situação de ação é formada por sete atributos, a saber: o conjunto de participantes que interagem em uma ação coletiva; o conjunto de papéis/posições passiveis de serem desempenhados pelos participantes no contexto da situação de ação; o conjunto de ações permitidas aos participantes em cada papel ou posição; o nível de controle de um grupo sobre outro; os resultados possíveis associados às combinações possíveis de ações; as informações disponíveis; os custos e benefícios associados a cada ação e resultados possíveis (AMY et al., 2011).
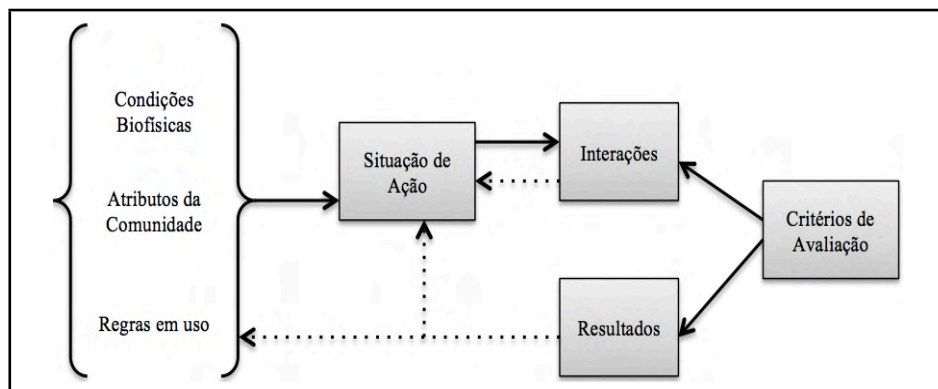
Figura 1: IAD Framework.

Fonte: Adaptado de Ostrom (2005).

Com o foco no aprimoramento das análises e na incorporação de outras variáveis na Situação de Ação, a matriz do IAD de Ostrom vinculou-se à abordagem da teoria dos Sistemas Sócio-Ecológicos (SES), passando a considerar os sistemas sociais cujas relações entre os atores são mediadas por interações com unidades biológicas, biofísicas e não humanas. Assim, variáveis como o sistema de governança, o sistema de recurso e a unidade de recurso, foram incluídas no IAD, rompendo a fragmentação entre aspectos sociais e naturais e robustecendo a análise e o diagnóstico.

A fig. 2 mostra as componentes do IAD-SES, a saber: o sistema de recurso (SR), as unidades de recursos (UR), os sistemas de governança (SG) e os atores ou usuários (U) interagindo (I) e produzindo resultados (R).
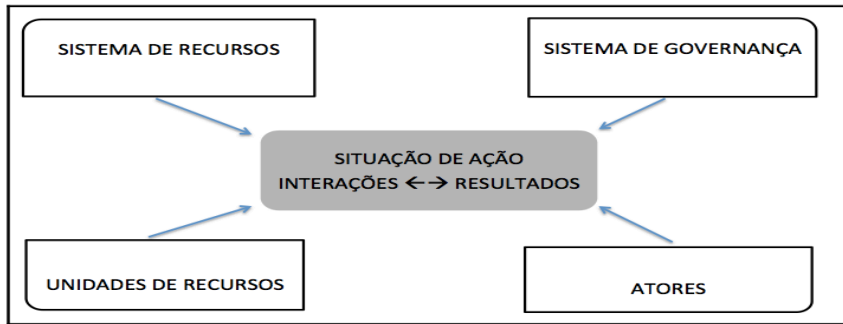
Figura 2: Componentes do IAD-SES.

Fonte: Adaptado de Ostrom (2007).

O esquema pode propiciar o estudo de uma variedade de questões associadas a sistemas de recursos, a exemplo dos estudos referente ao papel das redes de conhecimento que apoiam os grupos de restauração da agrobiodiversidade na França, desenvolvido por Mazé, Calabuig e Goldringer (2020). Não obstante, deve ser afirmado que o campo de estudo do SES encontra-se em constante crescimento conforme apontado nos estudos de Colding e Barthel (2019) e dos estudos sobre a governança da água no Vale do Paraíba Paulista de Marques, Alexandre R. et al (2020).

Na análise de um Sistema Sócio-Ecológico é levado em consideração o seu caráter multivariável, multiescalar, não linear e dinâmico (OSTROM, 2007). Ele pode ser visualizado sob múltiplas camandas que se relacionam de um contexto mais ampla a uma situação mais particular. Às vezes se faz necessário, para um diagnóstico de padrões causais que afetam as interações e resultados, a incorporação de variáveis de segunda ordem contidas nas variáveis indicadas na primeira camada.

Na análise institucional as regras, vista como o resultado dos esforços implícitos ou explícitos para se alcançar ordem e previsibilidade, constituem um elemento central da abordagem. Estas regras (formais ou informais) podem ser classificadas conforme os seguintes tipos:

1. Regras de limite: limitam o número de participantes, seus atributos e recursos, se podem entrar livremente e como podem sair;

2. Regras de posição: estabelecem posições dos atores na situação de ação. Essas posições dizem respeito aos jogos de poder e a capacidade de influenciar a situação de ação;

3. Regras de escolha: correspondendo a um conjunto de ações que os atores podem ou não tomar conforme suas posições particulares;

4. Regras de escopo: delimitam o âmbito dos resultados possíveis e definem se são ou não resultados finais e as ações ligadas a esses resultados;

5. Regras de agregação: afetam o nível de controle dos participantes numa posição na escolha das ações;

6. Regras de informação: especificam os diversos mecanismos de comunicação e quais informações podem, devem ou não ser compartilhadas;

7. Regras de custo-benefício: regulam os custos e benefícios atribuídos às combinações particulares de ações e resultados e estabelecem incentivos e impedimentos para a ação.

Essas regras foram abordadas por Ouedraogo Mundler (2019), quando do estudo da governança local nos campos de mineração artesanal de ouro em Burkina Faso, um país da África Ocidental que nos últimos anos tem explorado cada vez mais suas reservas de ouro, indicando que as regras informais governavam o campo de mineração, e Lammers e Vasenev (2017), analisando o papel das associações em projetos experimentais de rede inteligente de distribuição de energia na Holanda, indicando como a IAD pode estruturar as interações entre as partes interessadas na resiliência.

Deve ser ressaltado que o objetivo da utilização do esquema de um Sistema Sócio-ecológico, tal como o IAD-SES, é permitir a compreensão das variáveis e subvariáveis na análises de diversas questões teóricas associadas à governança dos recursos comuns. Nesse trabalho, o que se propõe é fazer a análise do arranjo institucional no plano normativo e à luz da Teoria Jurídica Institucional.

3 | O OLHAR JURÍDICO INSTITUCIONAL

A depender do objeto, ou perspectiva de uma investigação, a análise institucional pode ser feita avaliando as regras em três níveis de situação de ação, a saber: o nível de situação constitucional, o nível de situação de escolha coletiva e o nível de situação operacional.

Na situação constitucional encontram-se as regras que fazem, alteram e enceram regras formais definidoras de um processo, de quem participa e de que forma se dá a participação na situação de escolha coletiva; na situação de escolha coletiva, encontram-se os processos de formação das instituições e das decisões políticas em consonância com as regras estabelecidas no nível da situação constitucional. Neste nível, se definem espaços legítimos de atuação a serem efetivados no nível operacional; e por fim, no nível de situação operacional encontram-se as tomadas de decisões, o dia a dia das ações desenvolvidas pelos atores em consonância com as regras estabelecidas nos níveis de escolha coletiva e constitucional.

Heldeweg e Lammers (2019) utilizaram a IAD e a Teoria Jurídica Institucional, em um estudo de caso exploratório, mostraram como essa junção poderia ajudar a reduzir a complexidade dos processos de tomada de decisão na implementação de redes inteligentes

de distribuição de energia. Nesse trabalho, diferentemente, propõe-se a abordagem da junção da Teoria Jurídica Institucional com a IAD-SES em uma modelo heurístico que pode ser utilizado na análise da governanças de qualquer bem comum.

Ao adicionar a Teoria Jurídica Institucional ao IAD-SES, parte-se do pressuposto de que os participantes em situações de ação procedem ou desejam proceder em conformidade com as normas, tanto no que diz respeito às suas ações quanto aos resultados pretendidos com os recursos, o que significa a prática de atos em conformidade com regras formais. Essa legalidade apresenta dois vieses: primeiro, que tanto as ações quanto os resultados pretendidos devem estar em conformidade com as regras formais e, em segundo lugar, que os atores têm a possibilidade de fazer alterações nas regras formais, afetando o "espaço" jurídico-institucional em que as ações e resultados são praticados, tal como ocorre na assinatura de um contrato ou na emissão de uma licença.

A capacidade de introduzir, alterar ou encerrar regras formais existentes é exercida por meio de interações dentro de uma Situação de Ação "legislativa", com a intenção de impactar as regras de fato em uso (informais) de outra Situação de Ação de nível superior. Por exemplo, a deliberação acerca da alocação de água proferida no âmbito de uma Bacia Hidrográfica faz com que uma ação anteriormente proibida torne-se uma ação permitida para que os sujeitos (atores) possam ter acesso ao bem comum (água). Esse poder de determinar um espaço de capacidade jurídico-institucional, aplicável aos participantes em uma determinada situação de ação, não é discutido no IAD-SES de Ostrom.

Análogamente ao IAD-SES, tem-se para a Teoria Jurídica Institucional três níveis que envolvem a mudança de regras formais, a saber: o nível em que uma regra de atribuição de poder é feita - criando uma capacidade legal ou "espaço" jurídico-institucional; o nível em que esta regra estará sendo aplicada pela prática de um ato jurídico – o uso da capacidade legal para alterar as liberdades jurídicas; e o nível em que o âmbito das ações factuais lícitas é alterado - uso da liberdade legal em um "espaço" jurídico-institucional em que as ações são praticadas. Seguindo a estrutura do IAD-SES, esses níveis são associados, respectivamente, ao nível constitucionais, de escolha coletiva e nível operacional. Ao se utilizar esse entendimento nos diversos níveis de situações de ação, torna-se possível não só distinguir as interações nesses níveis mas, adicionalmente, a compreensão das regras de conduta ou de poder que estruturam essas interações.

De forma analitica, os três níveis de situações de ação que estão envolvidos na modificação normativa têm a seguinte correlação com o IAD-SES:

1. o nível em que uma regra de atribuição de poder é feita criando uma capacidade normativa (nível constitucional de Ostron);

2. o nível em que esta regra (seguinte 1.) está sendo aplicada pela prática de um ato jurídico - uso da capacidade normativa para alterar as liberdades jurídicas (nível de escolha coletiva de Ostron);

3. o nível em que o âmbito das ações factuais lícitas é alterado (por 2.) - uso da liberdade legal (nível operacional de Ostron).

O exercício de regras em uso em conformidade com regras formais tem como consequência a produção de resultados imunes a críticas e à reivindicação de responsabilidade. Nestas situações, os atores estão posicionados dentro de um espaço de liberdade normativa que lhes permite um conjunto de ações e resultados disponíveis legalmente para os participantes em uma situação de ação particular. Esses espaços são determinados por regras de conduta cujas ações ou resultados são permitidas, proibidas ou comandadas.

Não obstante as regras de poder (e imunidade) que determinam o espaço de capacidade normativa aplicável aos participantes em uma determinada situação de ação não tenham sido discutidas por Ostrom (LAMMERS et al., 2016), as mesmas constituem uma questão de relevo na Teoria Jurídica Institucionalista. Assim, para os institucionalistas, apenas atos jurídicos realizados com base em uma norma jurídica que confere poder - estabelecida em um nível de situação de ação inferior - podem de fato causar efeitos jurídicos por meio da introdução, alteração ou revogação de regras jurídica. No quadro 1 é apresentado o esquema dessa estrutua.

Nível da Situação de Ação	Interação	Regras que estruturam a Situação de Ação
Situação operacional (SO)	Desempenho de atividades factuais, por exemplo: • estabelecer uma empresa • administrar uma cooperativa de bairro	ReUs seguindo RdCs com "origem mais profunda" (CCS) envolvendo proibições, comandos, permissões e dispensas (e liberdades)
Resultados do SEC	**↑ RdCs feitas pelo SEC para uso na SO ↑**	
	Introduzir, alterar, encerrar RdCs, por exemplo: • contratação entre os participantes do sistema operacional (regulamento de primeira parte)	ReUs seguindo RdPs feitas por SC (com posições e condições) sobre: • como fazer / alterar RdCs no SEC, para OS-ReUs
	• permissão / subsídio por não participantes do sistema operacional (segunda parte) • co-regulando padrões formais ou substantivos para interações de OS	

Situação de escolha coletiva (SEC) Resultados da Situação Constitucional (CS) Situação constitucional (SC)	**↑ RdPs feitas pela SC para uso no SEC ↑** Fazer, alterar, encerrar ReF, por exemplo: • (RdP para SEC) Código Civil; Ato da eletricidade; • (RdP para SEC) como meta-regulamentação para regras privadas sobre produtos / serviços.	ReUs seguindo RdPs (com posições e condições) sobre como fazer / alterar RdPs em SC para ReUs em SEC

Quadro 1: Níveis de situação de ação com base em regras de atribuição de poder.

Fonte: Adaptado de Imke Lammers; Michiel A. Heldeweg (2016) ReU - regras em uso, RdC - regras de conduta, RdP - regras de poder, ReF - regras em forma (RdC e/ou RdP).

O olhar da Teoria Jurídica Institucional, tendo como pano de fundo as normas que estrutura formalmente as regras do IAD-SES, exige três desafios de análise, a saber: a consistência das instituições jurídicas, a consistência da situação de ação e a consistência dos níveis de situação de ação.

A consistência das instituições jurídicas asseguram a coerência entre as regras a serem feitas na criação das instituições jurídicas. Os sete tipos de regras do IAD-SES, indicados anteriormente, precisam estar agrupados de forma consistente, dentro de uma determinada situação de ação, para constituirem instituições adequadas a operar dentro de uma determinada situação. A título de exemplo, pode ser citado o ajuste entre as regras de posição e de limites que determinam a existência de uma autoridade pública; a criação de uma pessoa jurídica (uma cooperativa, por exemplo) em relação a regras de posição e agregação. Se as regras não estiverem agrupadas de forma consistente para formar um tipo de instituição, como as regras de informação ou agregação, não permitindo a formação de contrato, por exemplo, os resultados da ação coletiva não poderão ser legalmente alcançados.

A consistência da situação de ação deve garantir que instituições jurídicas devidamente formadas permitam uma estrutura consistente de uma situação de ação específica, dados os resultados desejados (naquele nível específico). Isso significa que todas as regras devem se encaixar não apenas para formar instituições jurídicas específicas (caso anterior), mas também que juntas se alinhem dentro da situação de ação, de modo que as instituições possam se interligar funcionalmente de forma adequada. A ação coletiva falha quando a criação e/ou o uso de várias instituições jurídicas não resultam legalmente nos resultados desejados devido a inconsistência.

A consistência de nível deve garantir que a situação de ação devidamente estabelecida se alinhe de forma consistente com as saídas do nível inferior ou com a entrada do nível superior de situações de ação, tendo em vista que as ações e os resultados de nível superior exigem um ajuste com regras de nível inferior relativamente ao poder ou à conduta.

Uma vez que as instituições jurídicas são conceituadas e criadas no nível constitucional (SC), criadas no nível de escolha coletiva (SEC) e concretizadas no nível operacional (SO), a elaboração de regras de poder no sistema constitucional (SC) precisa se relacionar adequadamente pois, caso contrário, as ações praticadas no sistema operacional (SO) serão ilegais, as ações do sistema de escolha coletiva (SEC) serão inválidas e/ou as ações do sistema constitucional (SC) não serão reconhecidas como legítimas.

A análise dos arranjos institucionais a partir das normas que estruturam a aturação dos atores nos três níveis de situaçao de ação, permite evidenciar não apenas a existência de uma governança sustentável do ponto de vista das interações entre os atores, mas também se essas normas estão aptas a permitir uma atuação dos atores em situações limites em que a escassesz dos recursos advém de causas externas, a exemplo do que ocorre com o efeito das mudanças climáticas sobre os recursos hídricos.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O olhar jurídico institucional permite a avaliação dos sistemas sócio-ecológicos considerando apenas a análise das normas jurídicas que constituem os níveis de situação de ação constitucional, operacional e de escolha coletiva. Essa análise permite não só evidenciar a existência de requisitos mínimos para se apontar que o ambiente institucional possui um arranjo bem estruturado e em obediência a requisitos mínimos de sustentabilidade, mas apontar um diagnóstico sobe o microssistema jurídico que dá suporte normativo às ações coletivas.

Deve ser ressaltado que nenhuma variável foi acrescentada ao IAD-SES, mas tão somente a consideração de um novo olhar sobre as regras consideradas pelo quadro teórico (*framework*) de Ostrom. Nesse novo olhar, considera-se a capacidade de os atores, a depender do nível de situação de ação e por meio de regras de poder, introduzir alteração nas regras formais, afetando o "espaço" jurídico-institucional em que as ações e resultados são produzidos, tal como ocorre na assinatura de um contrato ou na emissão de uma licença.

Acredita-se que esse olhar jurídico, na identificação das variáveis do IAD-SES e em cada nível de análise, contribui, de maneira decisiva, para o entendimento da forma como a dinâmica social constrói as regras adotadas nas interações. Essa abordagem é feita sem se descurar dos aspectos naturais que permeiam o recurso comum, o que leva a necessidade de que o sistema normativo permita certa flexibilidade dando poder aos

atores para fazerem eventuais adequações para darem respostas a eventos externos imprevisíveis.

AGRADECIMENTOS

Registro os meus mais sinceros agradecimentos à Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará que em respeito aos preceitos da Lei Estadual n° 14.367/09, que estabelece regras para o financiamento de cursos de pós-graduação, propiciou as condições financeira para a execução dos trabalhos de pesquisa no âmbito do curso de doutoramento em Ecologia e Saúde Ambiental da Universidade Fernando Pessoa. Os resultados aqui apresentados constituem parte do resultado dessa atividade de pesquisa.

REFERÊNCIAS

Amy, R., Ostrom, E. & Janssen, M. A. (2011). *Trabalho em parceria: ação coletiva, bens comuns e múltiplos métodos*. São Paulo, Editora Senac São Paulo.

Andersson, T. L., Gibson, C. C. & Lahoucq, F. (2006). Municipal Politics and Forest Governance: Comparative Analysis of Desentralization in Bolivia and Guatemala. *World Development Review*, 34 (31).

Colding, J. & Barthel, S. (2019). Exploring the social-ecological systems discourse 20 years later. Ecology and Society. 24(1):2. Doi: https:// doi.org/10.5751/ES-10598-240102.

Diário Oficial do Estado do Ceará (2012). Lei n° 14.367 de 12 de junho de 2009. https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/orcamento-financas-e-tributacao/item/5371-lei-n-14-367-10-06-09-d-o-de-12-06-09 (acessado em 16 de agosto de 2021).

Hayes, T. & Ostrom, E. (2005). Conserving the World`s Forests: Are Protected Areas the Only Way?. *Indiana Law Review*, 38 (3), 2005.

Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162, pp. 1243-1248.

Heldeweg, M. A. & Lammers, I. (2019). An empirico-legal analytical and design model for local microgrids: applying the 'ILTIAD' model, combining the IAD-framework with institutional legal theory. *International Journal of the Commons*, 13 (1), pp. 479–506. [Em linha]. Disponível em <http://www.thecommonsjournal.org>. [Consultado em 25/02/2021].

Lammers, I. & Heldeweg, M. A (2016). Smart design rules for smart grids: analysing local smart grid Development through an empirico-legal institutional lens. Lammers and Heldeweg Energy. *Sustainability and Society*.

Lammers, I. & Vasenev A. (2017) Grid Resilience Governance of the Future: Analyzing the Role of associations in Experimental Smart Grid Projects in The Netherlands. In: Lau, E. et al. (2017). Smart Grid Inspired Future Technologies. SmartGift 2017. Lecture Notes of the Institute for Computer Sciences. *Social Informatics and Telecommunications Engineering*, 203. Doi: 10.1007/978-3-319-61813-5_14.

Maccormick, N. (2007). *Institutions of law*. Nova York, Oxford University Press, 2007.

Mazé, A., Calabuig, A. D. & Goldringer, I. (2020). Restoring cultivated agrobiodiversity: The political ecology of knowledge networks between local peasant seed groups in France. Ecological Economics. 179 (2021).

Marques, A. R. et al. (2020). Water Governance in Vale do Paraíba Paulista: Network of Actors and Socioecological Systems. Ambiente & Sociedade [online]. 23. Doi: https://doi.org/10.1590/1809-4422asoc20190139r1vu2020L2DE.

Norms (1998). Institutions, and Institutional Facts Author(s): Neil MacCormick Source: Law and Philosophy. *Laws, Institutions and Facts*. 17 (3), pp. 301- 345.

Ostrom, E. (2011). Thinking About the Future: A Social-Ecological Systems Approach to Sustainability. *Resilience 2011 – Second International Science and Policy Conference*. May, pp.11-16.

Ostrom, E. (2007). A Diagnostic Approach for Going Beyond Panaceas. In *Workshop in Political Theory and Policy Analysis*. Center for the Study of Institutions, Population, and Environmental Change, Indiana University.

Ouedraogo, L. S. & Mundler, P. (2019). Local Governance and Labor Organizations on Artisanal Gold Mining Sites in Burkina Faso. *Sustainability*, 11 (616). Doi:10.3390/su11030616.

Webb, E. & SHIVAKOTI, G. P. (2008). *Desentralization, Forests and Rural Communities: Policy Outcomes in South and Southeas Asia*. Nova Délhi: Sage India.

Zamora, J. L. F. & Vaquero, Á. N. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CAPÍTULO 11

VIDA, OBRA Y LEGADO DE JACQUES MARITAIN PARA CONSTRUIR UNA SOCIEDAD FRATERNA Y LA PAZ

Data de aceite: 01/04/2022

Lafayette Pozzoli
Coordenador do Mestrado em Direito e Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão no UNIVEM

RESUMEN: El presente artículo es fruto de una ponencia dictada en el II Congreso Latinoamericano por la Paz en la UCSS (Universidad Católica Sedes Sapientiae). En cuanto a la metodología utilizada, se sigue los métodos deductivo, histórico y comparativo. Para ello, una ayuda fue la doctrina proveniente de Maritain. Se tomó como referencia la división en tópicos y, especialmente, en tres partes para resaltar su vida, su obra y su legado. En 1947, Maritain participó de la Asamblea de la Unesco y su discurso presentó un rumbo por ser seguido en el futuro documento de la ONU. Presidió, también, el comité que preparó la Declaración Universal de los Derechos humanos-ONU, promulgada en 1948. Maritain ayudó a la construcción de muchos conceptos que componen el derecho en el espacio público en la actualidad. Un derecho imbuído de una función promocional al respeto de la dignidad de la persona humana.

PALABRAS CLAVE: Humanismo integral, dignidad humana, sociedad fraterna, paz, Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, Maritain.

LIFE, WORK AND LEGACY OF JACQUES MARITAIN TO BUILD FRATERNAL SOCIETY AND PEACE

ABSTRACT: This article is the result of a lecture given at the Second Latin American Congress for Peace - II ConPaz; First Symposium: Courtesy, Integrity and Good Service to the Public and Second Conference: E-Justice Latin America, to promote Justice and Peace, at UCSS - Catholic University Sedes Sapientiae, Lima North, Peru, from September 06 to 08 2017. The methodology used was followed by the deductive, historical and comparative methods. In order to do so, it was used the aid of the doctrine, notably that of Maritain. It was taken as a reference the division into topics and especially in three parts to highlight his life, his work and his legacy. In 1947, Maritain participated the Unesco Assembly and his speech presented a course to be followed in the future UN document. He presided over the committee that prepared the Universal Declaration of Human Rights - UN, promulgated in 1948. Maritain helped in the construction of many concepts that make up the law in public space today. A right imbued with a promotional function to respect the dignity of the human person.

KEYWORDS: Integral Humanism, Human dignity, Fraternal Society, Peace, Universal Declaration of Human Rights of the UM, Maritain.

1 I VIDA

Jacques Aimé Henri Maritain, Filósofo francês, nascido em

Paris, França, no dia 18 de novembro de 1882. Teve por avô um conhecido advogado,

acadêmico, ministro e homem político, Jules Favres (1809-1880). Família culta, mas sem religião.

Estudante na Sorbonne, França, com licenciatura em filosofia (1900-1901), deixa-se atrair por Spinoza[1], antes de buscar uma licença em ciências naturais.

O noivado com Raïssa Oumançoff, sua companheira de estudos na Sorbonne, data de 1902. Os dois casam-se em 26 de novembro de 1904, ano da recepção de Maritain no concurso da agregação de filosofia.

Com seus estudos em Henri Bergson[2], acabou propugnando um tomismo adaptado à época, restaurador da metafísica cristã, diante do racionalismo antropocêntrico e do irracionalismo panteísta em que se debatia o idealismo moderno.

Foi convertido em 1906, com 24 anos, juntamente com Raïssa. A conversão de ambos foi conduzida por Léon Bloy. Neste sentido, afirma Dom Cândido Padin:

> Alguns meses antes desse acontecimento, Jacques e Raïssa, casados há menos de dois anos, sentiram-se tremendamente angustiados pelo vazio do agnosticismo em que viviam. Ele mesmo narra, pouco antes de sua morte: "Em 1906, Raïssa e eu fizemos um pacto, se não encontrássemos a verdade, algo que desse um sentido à vida, nós nos mataríamos. Nós vínhamos do agnosticismo".
>
> (Lima & Pozzoli, p. 195)

Foi batizado na Igreja Luterana e teve seu batismo na Igreja Católica de forma condicional, na verdade uma mera sutileza teológica, já que o batismo é um só e para sempre. Assim, sendo o primeiro batismo válido perante Deus, o segundo se tornaria inócuo.

No ano de 1912, Jacques e Raissa são recebidos como oblatos leigos da ordem beneditina. À Raïssa, eterna colaboradora, deve a leitura de Santo Tomás de Aquino, fato que mudou radicalmente a vida e forma de pensar de Maritain. Tais circunstâncias fizeram de Maritain um estudioso do pensamento tomista. Um conjunto de pesquisas e investigações, bem referenciadas em Aristóteles, seria propício para melhor compreensão e solução dos problemas da sociedade do século XX.

Foi professor na França (1914), Canadá (1940) e EUA (1949); também, embaixador no Vaticano (1945-1948). Foi representante da França junto ao Vaticano e, mais tarde, ensinou filosofia na Universidade de Princeton, nos Estados Unidos. Foi escolhido pelo Papa Paulo VI para representar os intelectuais no Concílio Ecumênico. Foi o apóstolo da filosofia conhecida como humanismo integral.

---

1 Bento de Espinosa, também conhecido por "Baruch Spinoza", (1632-1677) filósofoholandês. Doutrina: constitui uma metafísica e uma ética que procuram conciliar aconcepção materialista e determinista da natureza com a possibilidade de uma existênciaperpassada pelo bem. Uma das mais proeminentes figuras do racionalismo do séculoXVII,veria a tecer importantes críticas à maneira com que o ser humano, centrado noforteantropocentrismoinerenteaopensamento-daépoca,vinhaadotandoumaposturadedomínioperanteanatureza.

2 Enquanto Bergson colocava a intuição na base do conhecimento, como ápice doinstinto,Maritain,seguindoalinhaa-ristotélica-tomista,colocavaaintuiçãonoápicedainteligência e na base da Graça, isto é, da ação gratuita de um Deus transcendente e nãoimanente,comoaparentementepareciaseroDeusbergsoniano.

Após a morte de Raïssa, em 04 de novembro de 1960, Maritain retira-se para Toulouse, sul da França, onde passa a viver na Fraternidade dos Irmãozinhos de Foucauld (Charles de Foucauld - o irmãozinho de Jesus – fundação de 1956). Fez seu noviciado aos 88 anos e ingressou, não para agir, mas sim para se preparar para a morte ao longo de 13 anos!

Jacques Maritain voltou para o seio da Trindade na última manhã da semana de Páscoa, sábado, 28 de abril de 1973, em Toulouse. Tinha 92 anos e morreu como quis, em um contexto de oração, de silêncio, de contemplação.

2 I OBRA

Publicou 65 livros e já tem as obras completas com 17 volumes. De sua vastíssima produção, citamos alguns marcos históricos:

Maritain como metafísico:

- 1920 - Arte e Escolástica;
- 1924 - Reflexões sobre a Inteligência e sobre sua Vida Própria;
- 1932 - Os graus do saber.

Maritain como pensador com sua filosofia político-social:

- 1936 - Humanismo integral; (Uma das obras mais importante);
- 1942 - Os direitos do homem e a lei natural;
- 1947 - Pessoa e Bem Comum;
- 1951 – O Homem e o Estado;
- 1966 - O camponês do Garona.

A obra de Maritain serviu de base para formação intelectual, no Brasil, do filósofo cristão Alceu Amoroso Lima (Tristão de Athayde) e de André Franco Montoro, dentre outros. Considerando o pensamento de Maritain, disse Alceu Amoroso Lima:

> Ele que nos havia revelado a profunda compatibilidade entre a inteligência humana e a verdade, vinha agora nos revelar a adequação natural entre a liberdade e o bem comum.
>
> Nós havíamos confundido liberdade e liberalismo, autoridade e ditadura. Maritain a luz dos princípios os mais puros do direito natural e da filosofia tradicional vinha nos mostrar como era necessário distinguir para unir. (Pozzoli, 2001, p. 58)

A política distinguir para unir. Na filosofia política, propõe um humanismo integral, reconhecendo no ser humano o que tem de indivíduo (material) e de pessoa (espiritual). Para ele só uma democracia humanista e participativa pode responder às exigências da natureza do tempo presente.

No contexto, o conceito de democracia era trabalhado por Maritain da seguinte

forma: com todos estes conceitos - e certamente muitos outros – trabalhados por Maritain, permitiram criar um pensamento único para a sociedade do século XX e com reflexos positivos na sociedade globalizada do século XXI, que quando observados tais conceitos poderá levar à construção de uma sociedade fraterna laureada por uma paz que brota do seio de cada pessoa humana.

Maritain teve dificuldades na elaboração do pensamento do humanismo integral – e dentro dele o conceito de democracia participativa fundado na dimensão educacional - e que se tornou a âncora firme para os demais conceitos, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sociedade contemporânea há sinais de indiferença religiosa, relativismo moral e individualismo político que levam a uma crise nas relações interpessoais e nas relações entre os povos, porque, diante da desintegração das instituições, da família ao Estado, cada qual busca uma afirmação individual.

A democracia não é apenas um costume, um método prático para regular as relações entre as pessoas, mas é a filosofia de uma sociedade livre e igual, enraizada na legalidade e na convivência civil. A democracia é o resultado de um longo processo histórico, criado pelo fermento cristão, que precisa ser recuperado em todas as gerações, que pode sempre regredir pela violência de alguns e a ignorância de outros se a educação não fizer do ser humano uma pessoa capaz de respeitar as regras.

O Conceito de liberdade religiosa tem seu valor numa democracia participativa, conforme lembra o Prof. Piero Viotto, numa entrevista na Rádio Vaticana, referenciado pelo pensamento de Maritain:

> Eu diria que a linha vermelha que leva em frente a influência de Maritain no Concílio Vaticano II e depois, é a *Dignitatis Humanae*[3], isto é, o problema da liberdade religiosa. Maritain trabalhou uma vida e sofreu por esta ideia de garantir a verdade em relação à liberdade. Assim, o momento central da reflexão, quer sobre a *Dignitatis Humanae*, quer sobre a *Gaudium et Spes*, é esta relação entre a verdade e a liberdade, na qual ocorre garantir a verdade na liberdade e a liberdade na verdade, evitando de um lado um fundamentalismo que imponha a verdade, e de outro um relativismo que leve o homem a ser cético diante da verdade. Maritain é um mestre nesta linha: recordar a verdade e a liberdade. (“Jacques Maritain,” 2013, par. 3)

Junte-se aos conceitos analisados outros três, de fundamental importância para a construção de uma sociedade justa, digna, fraterna e que possam as pessoas viverem em paz (Pozzoli, 2001). A partir da noção de que *conhecer é tornar-se outro que não si mesmo*, Maritain desenvolve estudos notáveis sobre três temas característicos de nossa cultura: a *educação*, a *arte* e a *política*.

A primeira, uma epistemologia fundada no realismo sensorial e na objetividade. Dificilmente sai do centro dos debates entre os diversos especialistas. Depois, uma estética

3 *Dignitatis Humanae*-Declaração aprovada no Concílio Vaticano II sobre: Op roblema da liberdade Religiosa na atualidade.

que identifica na verdadeira obra de arte uma expressão da espiritualidade humana. Por fim, uma antropologia sócio-política, sensível à dimensão do ser humano, sem confinar essa dimensão a um único credo religioso. Aqui é possível ver um percurso intelectual e de ação de Maritain.

Educação. É uma sabedoria prática que visa à formação da pessoa e tende a torná-la mais livre, conduzi-la à sua plenitude pessoal e social e, consequentemente, à vida democrática / participativa. Todos os seres são semelhantes, mas também dessemelhantes. O educador e o educando são semelhantes em sua natureza, mas dessemelhantes em sua formação, daí o papel preponderante do educador, de sua ação moral na formação do educando, sendo causa eficiente e agente real. O produto da educação deve ser a pessoa humana que existe de boa vontade, por se sentir respeitada em sua personalidade, considera-se como parte da comunidade humana e poder expressar sua vontade e tendência ao bem.

Arte. A segunda dimensão cultural que Maritain dedicou notável preocupação foi a arte. A arte não foi abordada por Maritain com um espírito meramente para tecer críticas. Ele, pessoa contemplativa, tomou o debate na qualidade de místico.

Assim, nas palavras de Maritain, a poesia é alimento espiritual. Porém não sacia, só aumenta a fome no ser humano: essa é a sua grandeza.

Política. A terceira dimensão cultural, evidentemente, sensível à dimensão do próprio ser humano, é a política. No que se refere aos estudos da *política* o filósofo distingue Igreja e Estado como duas instituições de finalidades distintas, autônomas e inconfundíveis, ambas cooperando para a realização e aperfeiçoamento da sociedade humana.

Analisadas a vida e obra de Maritain, resta verificar qual o legado deixado para a sociedade contemporânea.

3 | LEGADO

A filosofia do humanismo integral foi o maior legado que Maritain deixou. Meados dos anos 30, anterior à guerra civil espanhola, muitos ambicionavam justificar o franquismo como uma guerra santa, na defesa do cristianismo. Entretanto, Maritain condenava o franquismo pelas suas atrocidades na guerra e, posteriormente, no poder, pela supressão das liberdades democráticas.

Em 1936 foi publicado o livro Humanismo Integral. Com isto foram aquecidos os ânimos de diversos segmentos da sociedade. Inflamou, também, as mentes e os corações de muitos católicos que descobriam uma nova forma de exercer seu cristianismo no coração dos angustiantes problemas apresentados pela realidade social e política da época. Mas, acendeu também ferozes paixões de ódio aos que se opunham (partidários do franquismo) às nítidas posições políticas assumidas por Maritain.

Naverdade, o livro teve sua origem num curso que continham seis conferências que

Maritain ministrou na Universidade de Santander, na Espanha, em 1934, cuja publicação na Espanha deu-se sob o título de “Problemas Espirituais e Temporais de uma Nova Cristandade”.

Face a crise pela qual passou a sociedade do Séc. XX, especialmente a América Latina, o pensamento de Maritain em muito contribuiu para a solução de problemas, tendo em vista a visão profética, de valorização da inteligência e da arte, impregnada pelo pensador em cada palavra expressada.

É digno de lembrança o fato de que a UNESCO convidou Maritain, em 1947, para presidirocomitêquepreparoua Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, promulgada em 1948, cujo trabalho empreendido com grandes líderes mundiais da época permitiu a realização de um acordo cultural.

A lição maritainiana consistiu em afirmar a verdade na liberdade, tendo a dignidade da pessoa humana como suporte maior. Uma justificação racional dos direitos humanos só é possível, segundo Maritain, pela descoberta da lei natural, entendida nas suas conotações realmente metafísicas e no seu dinamismo realista, isto é, uma noção de lei natural conotada simultaneamente com a natureza e com a experiência. Por outro lado, é necessário considerar o ser humano enquanto pessoa: aqueles direitos são direitos da pessoa humana.

Maritain assinala que, diante dos sistemas de moral que degradam o ser humano ou os que o *divinizam*, a filosofia tomista sustenta que a natureza humana, pela própria natureza de sua dignidade, está ordenada a um fim último distinto de si mesmo e que este fim supremo é Deus.

Um pensamento característico do seu tempo que a encíclica sobre as relações entre fé e razão *Fides et Ratio* (FR), do Sumo Pontífice João Paulo II, teve a presença de Maritain de forma expressa. No item 74 afirmou o Papa:

> 74. A prova da fecundidade de tal relação é oferecida pela própria vida de grandes teólogos cristãos que se distinguiram também como grandes filósofos, deixando escritos de tamanho valor especulativo que justificam ser colocados ao lado dos grandes mestres da filosofia antiga. (...) ***A relação entre a fllosofla e a palavra de Deus manifesta- se fecunda também na investigação corajosa realizada por pensadores mais recentes,*** de entre os quais me apraz mencionar, no âmbito ocidental, personagens como John Henry Newman, António Rosmini, ***Jacques Maritain,*** Étienne Gilson, Edith Stein, (...) Ao referir estes autores, ao lado dos quais outros nomes poderiam ser citados, não tenciono obviamente dar aval a todos os aspectos do seu pensamento, mas apenas propô-los como exemplos signiflcativos dum caminho de pesquisa fllosóflca que tirou notáveis vantagens da sua confrontação com os dados da fé. Uma coisa é ***certa: a consideração do itinerário espiritual destes mestres não poderá deixar de contribuir para o avanço na busca da verdade e na utilização dos resultados conseguidos para o serviço do homem.*** Espera-se que esta grande tradição fllosóflco-teológica encontre, hoje e no futuro, os seus continuadores e estudiosos para bem da Igreja e da humanidade. (FR, 74, grifo nosso).

Algumas informações sobre os Institutos Jacques Maritain, responsáveis por continuar a obra de Maritain. Presente em mais de 20 países. No Brasil, o Instituto Jacques Maritain do Brasil, fundado por André Franco Montoro e Dom Cândido Padin, Tem em seus Estatutos, no Artigo 2.º, o seguinte: "A associação tem por finalidade o estudo, aprofundamento e difusão da cultura inspirada nos princípios de um humanismo integral".

O Instituto Jacques Maritain Internacional, com sede em Roma, na condição de ONG, foi o primeiro instituto a ter uma Cátedra Unesco de Direitos Humanos fora da Universidade.

Um instrumento importante na realização de inúmeros eventos difusores do pensamento de Maritain.

O Brasil tem no Conselho de Honra do Instituto Internacional o Embaixador Rubens Ricupero (no passado teve Alceu Amoroso Lima, Tristão de Ataide, e André Franco Montoro). Frei Carlos Josaphat foi membro do Conselho Científico. É órgão consultor da FAO – Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura.

A filosofia do Humanismo Integral e a DUDH. Para o Humanismo Integral, de Maritain, a base filosófica dos direitos humanos está em sua natureza e só é possível compreender estes direitos como expressão da lei natural, fundados na dignidade da pessoa humana, estabelecidos dentro de uma hierarquia, tendo como primeiro o direito do ser humano à vida.

Assim, apresentando os fundamentos da dignidade do ser humano, é possível afirmar que a Declaração Universal do Direitos Humanos visa basicamente:

- Despertar em todos os povos do mundo a consciência de suas responsabilidades em relação à criatura humana;
- Criar um clima propício ao florescimento da liberdade, da justiça e da paz;
- Erradicar do mundo o espírito de tirania e opressão;
- Fomentar relações de amizade entre as nações.

Estes são fundamentos que professam a igualdade entre os seres humanos, determinando a criação de uma comunidade espiritual entre os povos, o dever de ajuda e respeito mútuo, bem como o reconhecimento que todo ser humano é pessoa.

Neste sentido o livro de Maritain, publicado em 1942, "Os Direitos do Homem e a Lei Natural" já contém o prenúncio da referida declaração da ONU, de 1948, como, por exemplo, podemos comparar no texto do livro e no Artigo I:

> Cada um de nós é portador de um grande mistério que é a personalidade humana. Sabemos que um traço essencial de uma civilização digna desse nome é a noção e o respeito da dignidade da pessoa humana; por outro lado, é ideia pacífica a de que para defender os direitos da pessoa humana, bem como para defender a liberdade, devemos estar sempre preparados para oferecer a própria vida. (Maritain, 1967, p. 16)

> Todos os humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São

> dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 1)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU completará 69 anos em 10/dezembro/17. Mas, foi em 06 de novembro de 1947–na segunda Conferência da UNESCO no México, que Maritain, em seu discurso, deu norte para a DUDH com a indicação da dignidade da pessoa humana como centro da declaração. Para concluir, reproduzimos aqui a parte final do seu discurso:

> Se um estado de paz que realmente merece esse nome e que seja sólido e duradouro deve ser estabelecido um dia entre os povos, isso não dependerá apenas dos acordos políticos, econômicos e financeiros celebrados por diplomatas e autoridades de Estado, não dependerá unicamente da constituição jurídica de um órgão de coordenação verdadeiramente soberano, com ferramentas de ação efetivas, mas também dependerá do profundo apego da consciência dos seres humanos, obtido por meio de princípios práticos, como os que acabei de mencionar. E também dependerá, para dizer as coisas como são, daquele suplemento da alma, que Bergson afirmava necessário ao nosso mundo dilatado pela técnica e pelo clamor vitorioso dessa energia suprema e livre que nos vem além de nós e que, para qualquer escola de pensamento, para qualquer confissão religiosa que pertençamos, conhecemos sob o nome de amor fraterno e que foi afirmado pelo Evangelho de forma a aguçar a consciência humana para sempre[4].

Nos dias de hoje, ninguém poderá dizer, sem faltar à justiça, que a esperança suscitada pela Declaração da ONU foi totalmente vã: pelo contrário, desde então numerosos e sucessivos acordos internacionais e constituições de Estados desenvolveram e definiram sempre com maior precisão os direitos consagrados no texto da ONU. Por outro lado, esses direitos são invocados e reclamados em muitas e diversificadas ocasiões.

Logo pós a segunda guerra mundial, no livro *O Homem e o Estado* (1952), Maritain afirma: "É lamentável que a paz perpétua não possa ser estabelecida imediatamente depois da descoberta da bomba atômica" (p. 247).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento de Maritain ajudou na construção de um conceito respeitável de democracia participativa, que é aquela que dá atenção aos diversos segmentos sociais, atende a um modelo de desenvolvimento e que promove um humanismo integral. Que vem ele a ser senão o desenvolvimento integral do homem todo e de todos os homens.

O crescimento e desenvolvimento econômicos de qualquer País passan pela atenção de todos os segmentos da sociedade, como consignado no pensamento humanista de Maritain.

Para existência da democracia é necessário o estado de direito, garantidor da paz, conceito que Maritain ajudou a construir. Um direito que tenha como função a

---

4 Discurso de Jacques Maritain, parte final, em 06 de novembro de 1947, na segunda Conferência da UNESCO no-México.

promoção do respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

Maritain, J. (1967). *Os direitos do homem e a Lei Natural*. Tradução de Afranio Coutinho. Prefácio de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro, Brasil: José Olympio Editora.

Padin, C., O.S.B. (2012). *O fllósofo profeta* (2ª Edição). Em Lima, J. & Pozzoli, L., *Presença de Maritain testemunhos*. São Paulo, Brasil: LTr.

Jacques Maritain: O amor pela verdade na liberdade. (5 de diciembre de 2013). Radio Vaticana. Recuperado de http://www.news.va/ pt/news/jacques-maritain-o-amor-pela-verdade-na-liberdade

CAPÍTULO 12

FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS (FDIC): ALCANCE DO INSTITUTO NA PERSPECTIVA DA ERA DO ACESSO E SEUS EFEITOS NA APROPRIAÇÃO DE COISAS

Data de aceite: 01/04/2022

Arick Mendes da Silveira Gom
Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. em 2019. Membro do Grupo de Competição e Pesquisa de Mediação Empresarial do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA
https://orcid.org/0000-0001-5985-3305
http://lattes.cnpq.br/4906476356842688

Francisco Cardozo Oliveira
Doutor em direito pela UFPR, Professor do PPGD do UNICURITBA e Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná
http://lattes.cnpq.br/8673496012113467

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar a relação que pode ser estabelecida entre o que se convencionou chamar de era do acesso, que implica uma passagem em termos de apropriação de bens, em que a titularização proporiedade perde espaço para a experiência de prestação de serviços, e o instituto da securitização de ativos e recebíveis. Mediante uma metodologia indutiva, aborda-se o contexto socioeconômico da era do acesso, e o panorama da prestação de serviços privados. A análise se veriticaliza para a situação brasileira de modo a tratar da ferramenta securitizadora específica dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCs). A securitização de recebíveis ligados a prestação de serviços se mostra vantajosa para captação de recurso pelos empresários bem como para investidor, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários se manter atenta às necessidades de regulamentação, de modo a evitar riscos para o mercado e para a sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Securitização; Fundo de Investimento em Direito Creditório (FIDC); Era do acesso.

INVESTMENT FUND IN CREDIT RIGHTS: THE REACH OF THE INSTITUTE FROM THE PERSPECTIVE OF THE ACCESS ERA AND ITS EFFECTS ON THE APPROPRIATION OF THINGS

ABSTRACT: This study aims to analyze the relationship that can be established between what is conventionally called the access era, which implies a passage in terms of ownership of assets, in which the securitization of proportion loses space for the experience of providing services, and the institute of securitization of assets and receivables. Through an inductive methodology, the socioeconomic context of the access era is addressed, as well as the panorama of private service provision. The analysis veriticalizes for the Brazilian situation in order to deal with the specific securitizing tool of Credit Rights Investment Funds (FIDCs). The securitization of receivables linked to the provision of services is advantageous for fundraising by entrepreneurs as well as investors, and the Securities and Exchange Commission is responsible for keeping an eye on regulatory requirements, in order to avoid risks to the market and to Brazilian society.

KEYWORDS: Securitization; Investment Fund in

Credit Rights; Access Era.

1 I INTRODUÇÃO

No ano de 1977, em entrevista concedida à coluna *Heard on the Street*, do *Wall Street Journal*, ao explicar a mecânica das operações do banco de investimentos *Salomon Brothers*, por meio de titularização de recebíveis, o executivo do banco, Lewis Ranieri, cunhou o termo securitização (*securitization*, na língua original).

A operação financeira criada objetiva titularizar recebíveis lastreados em negócio jurídico subjacente, facilitando a captação de recursos, produzindo indicadores de balanço patrimonial saudável, mitigação de risco, dentre outros fatores, veio influenciar a prática financeira e comercial dos Estados Unidos da América e, posteriormente, de boa parte do mundo.

No Brasil, em que pese a existência anterior de operações com traços de securitização, o instituto da securitização propriamente dito começou a ser regulamentado na década de 1990, mais especificamente no ano de 1997, com a Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre a securitização de créditos imobiliários. Posteriormente, em 29 de novembro de 2001, com a resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.907, criou-se o Fundo de Investimento em Direitos creditórios.

O cenário do mercado de crédito imobiliário está nas raízes do instituto da securitização. A obtenção de crédito para a aquisição da propriedade pautava a ideologia social da época; ser proprietário simbolizava os ideais de liberdade individual, independência e uma extensão de virtudes do dono à coisa. Todavia, o século XXI vem alterando, paulatinamente, paradigmas até então socialmente enraizados. Atualmente, com os mercados abrindo espaço para as redes digitais e para os avanços tecnológicos permitiu-se acesso de todos a todos o tempo todo; as pessoas deixam de lado a busca incessante pela aquisição da propriedade das coisas e buscam a urgência do acesso, qualidade de vida, experiências e aprendizado. Todos almejam não somente o acesso, mas o acesso rápido, compartilhado, de qualidade e que lhes permitam vivenciar experiências.

Em face desse contexto social e econômico, coloca-se o seguinte problema de pesquisa: em que medida as alterações sociais observadas na era do acesso influenciam a regulação jurídica de ferramentas securitizadoras de créditos?

Para enfrentar o problema proposto, primeiramente, será abordado o instituto da securitização e seus reflexos no instituto da propriedade, observando suas origens, influências e características no cenário socioeconômico em que surgiu e passou a ser utilizada como ferramenta viabilizadora de acesso a crédito.

Em seguida, será feito análise acerca das alterações sociais na relação com as formas de compreensão da propriedade, no conexto da era do acesso, e suas demandas por atividades de prestação de serviços.

Por fim, será feita a análise da ferramenta securitizadora denominada Fundo de Investimento em Direitos Creditórios — FIDC — de modo compreender o cenário de regulação e de aplicação do instituto no contexto social e econômico da realidade brasileira.

Utiliza-se de metodologia dedutiva com apoio em pesquisa bibliográfica e documental.

2 I O INSTITUTO DA SECURITIZAÇÃO NOS EUA E NO BRASIL

A utilização do termo securitização (do inglês *securitization*) se deu em 1977, e é atribuída, por Kendal e Fishman (2000, *apud* LANZ, COSTA, PERUFO, GAUDIOSO, p. 315) a Lewis Ranieri, à época, vice-presidente do banco de investimentos *Salomon Brothers*, que teria utilizado o termo em uma entrevista ao *The Wall Street Journal*. Oioli (2020, prefácio) pontua que "na época, Ranieri cunhou esse neologismo por falta de uma palavra que pudesse concatenar a estrutura da operação em que estava envolvido".

Para Kothari (2006, p. 109), a mecânica da operação de securitização de recebíveis vai ao encontro da estrutura hipotecaria da Dinamarca e Alemanha encontrada há mais de 200 anos. Em que pese tais argumentações, Ribeiro Júnior (2020), pontua que a estrutura dinamarquesa "consistia em títulos de emissão exclusiva de associações de crédito hipotecário, que conferiam ao seu titular o direito de, em caso de falência da instituição emissora, acessar o patrimônio desta antes dos demais credores[...]". Desse modo, o autor entende que as estruturas financeiras dos mercados da Dinamarca e Alemanha não podem ser reconhecidos como origem da securitização, "mas como uma forma sofisticada de financiamento garantido por recebíveis." (RIBEIRO JÚNIOR, 2020).

Oioli (2020, prefácio) define o instituto, partindo do ponto de vista econômico no seguinte sentido:

> [...] técnica cujo propósito é a emissão de títulos ou valores mobiliários lastreados em créditos, visando proporcionar investimento e financiamento. Dessa forma é possível antecipar o recebimento de créditos, havendo, claro, uma taxa de desconto no recebimento antecipado de tais recursos pelo cedente".

O termo securitização (em inglês, *securitization*) advém do inglês *security.* Gaggini (2003, p. 21-22 *apud* RIBEIRO JÚNIOR, 2020) esclarece que o termo significa:

> [...] toda nota, ação, ação em tesouraria, obrigação, debênture, comprovante de dívida, certificado de direito em todo tipo de contrato de participação de lucro, certificado de depósitos em garantia, parte beneficiária, boletim de subscrição, ação transferível, contrato de investimento, certificado de transferência de direito de voto, certificado de depósito de títulos, co-propriedade de direitos minerários e petrolíferos, e, de uma maneira geral, todo instrumento e ou direito comumente conhecido como security, ou ainda todo certificado de participação ou interesse, permanente ou temporário, recibo, garantia, direito à subscrição e opção referente aos títulos e valores mobiliários acima mencionados. (GAGGINI, 2003, p. 21-22 *apud* RIBEIRO JÚNIOR, 2020, tradução livre).[1]

---

1 No original: *The term security means any note, stock bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest*

A operacionalização do instituto da securitização ocorreu pela primeira vez nos Estados Unidos da América, tendo por objeto os chamados *mortgage-backed securities (MBS)*. Trata-se de títulos emitidos e que têm como lastro os créditos garantidos por hipoteca de imóveis (RIBEIRO JÚNIOR, 2020). O instituto da securitização surge no seguinte cenário:

> Havia uma preocupação crescente de que as pessoas acordassem um dia e descobrissem que não havia dinheiro para hipotecas disponíveis. Não era uma questão de custo de fundos. Era uma questão de disponibilidade de fundos. As forças demográficas criaram uma demanda por fundos maior do que a capacidade das economias em atrair capital e aumentar seus balanços. Wall Street tentou atender essa demanda iminente apresentando uma fonte alternativa de fundos. (RANIERI, 2000, p. 32, tradução livre)[2]

No Brasil**,** em que pese a previsão legal ter se dado com a Lei nº 9.514/1997, o contexto histórico que trouxe a necessidade de sua criação remete à falta de mecanismos de financiamento privado de longo prazo; o financiamento ofertado pelos bancos não supria as necessidades. Boa parte dos financiamentos eram concedidos pelo BNDES, de modo que foi preciso "buscar alternativas para o financiamento de atividades que não o financiamento bancário, [...] estatal, ou [...] pela necessidade de as instituições financeiras se capitalizarem para diminuir a escassez de recursos [...]" (AVELINO, 2014, p. 14).

Outras discussões que precederam o instituto da securitização dizem respeito à temáticas abordadas antes da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), no caso a concentração de poupanças nacionais pelo Estado; a iniciativa privada não acumulava recursos suficientes para efetuar projetos de grande escala, de modo que o Estado agia diretamente nas atividades econômicas por suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (LAMY FILHO; PEDREIRA, 2014).

Com a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.834, de 26 de junho de 1991, conforme art. 1º, passou-se a "facultar a captação de recursos no mercado externo, com o estabelecimento de vínculo a exportações da própria tomadora, de sua controladora, de suas controladas, ou de outras empresas que tenham a mesma controladora" (CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, 1991). Ribeiro Júnior (2020) esclarece que esse dispositivo permitiu que as empresas brasileiras fizessem uso do mecanismo de securitização de recebíveis lastreados em negócios jurídicos subjacentes advindos de exportações, para captação financeira com investidores estrangeiros. O procedimento da securitização de

---

or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas or other mineral rights, any put, call, straddle, option or privilege on any security, certificade of deposit, or group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call, straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreingn currency, or, in general, any interest or instrument commonlu know as a "security", or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate, for receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe or purchase, any of the foregoing.

2 No original: *there was a growing concern that people would wake up one day and find out that there was no mortgage money available. It was not an issue of the cost of funds. It was an issue of the availability of funds. The demographic forces were going to create a demand for funds greater than the ability of the thrifts to attract capital and grow their balance sheets. Wall Street attempted to address this impending demand by coming up with an alternative source of funds.*

exportações consistiria na,

> [...] emissão de títulos lastreada em ativo específico, ou seja, créditos oriundos da exportação de bens. A emissão dos valores mobiliários ocorre no mercado internacional, cujo lastro são os recebíveis das vendas feitas ao exterior com o acerto de pagamento futuro” (NAJJARIAN, 2010, p. 152).

Os estudiosos fazem menção, também, à possibilidade de a inauguração do instituto da securitização ter se dado com as debêntures emitidas pelo Mesbla Trust de Recebíveis de Cartão de Crédito S.A. A loja de departamento tinha dificuldades na obtenção de financiamento bancário, em virtude de difícil situação econômica. Desse modo, constituiu-se um *Trust* e a loja cedia os seus recebíveis de venda a prazo, capitalizando-se com a comercialização do título lastreado nesses recebíveis (GAGGINI, 2003, p. 38). Tal operação permitiu que, mesmo com a falência da Mesbla, houvesse o pagamento integral das debêntures aos credores (CHAVES, 2006, p. 29-35)

Em que pese Ribeiro Júnior (2020) defender o fato de que a securitização no Brasil e nos Estados Unidos nasceram em contextos muito distintos — fator pelo qual Chaves (2006, p. 29-30) entende como explicação para menor sucesso do instituto da securitização no Brasil, se comparado à realidade norte americana — Avelino (2014, p. 27) pondera que “precisamente em 1997 o instituto da securitização passou a ser positivado” enfatizando, nesse sentido, que a realidade brasileira permitia operações financeiras securitizadas.

Na Lei nº 9.514/1997 a securitização está atrelada ao Sistema de Financiamento Imobiliário. No artigo 8º do referido diploma legal, conceitua-se o instituto da securitização de créditos imobiliários como:

> Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos: I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individuação do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; II - a identificação dos títulos emitidos; III - a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.Parágrafo único. Será permitida a securitização de créditos oriundos da alienação de unidades em edificação sob regime de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. (BRASIL, 1997)

A securitização objetivou permitir a titularização de créditos imobiliários (conforme Lei nº 9.514/1997); em 2004, entrou em vigor a Lei 11.076/2004, que dispõe, entre outras temáticas, da possibilidade de securitização de créditos advindos do agronegócio, chamados de Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA). O Art. 40 da referida Lei segue os moldes do dispositivo legal que trata dos créditos imobiliários, e preconiza que:

> “A securitização de direitos creditórios do agronegócio é a operação pela qual tais direitos são expressamente vinculados à emissão de uma série de

> títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Direitos Creditórios, emitido por uma companhia securitizadora [...]" (BRASIL, 2004).

Ao analisar em que consistia o principal objeto da securitização, observa-se grande relevância do mercado imobiliário. Levando tal fato em consideração e traçando um paralelo com o instituto da securitização no Brasil, pode-se perceber certa semelhança entre os institutos, já que positivação do instituto é atribuída à legislação que trata do Sistema Financeiro Imobiliário.

Assim, pode-se afirmar que a essência da positivação do instituto da securitização se localiza no mercado imobiliário, tanto nos Estados Unidos da América quanto no Brasil. Todavia, a maior sofisticação na operacionalização da mecânica securitizadora do mercado norte americano, em detrimento do brasileiro, pode ser atribuída ao fato de a utilização do instituto pelos brasileiros, em seus primórdios, se deu como operação privada e lastreada em recebíveis de cartões de crédito de lojas de varejo (CHAVES, 2006, *apud* RIBEIRO JÚNIOR, 2020), diferentemente do cenário norte americano, que se pautou no financiamento habitacional apoiado por agências governamentais (RIBEIRO JÚNIOR, 2020).

Embora a securitização tenha surgido no contexto de operação de crédito no mercado imobiliário, com o passar do tempo, contudo, as transformações no mundo, e a redução do protagonismo da propriedade de coisas, exigem verificar até que ponto o instituto pode ser capaz de prover crédito em um contexto de mercado de prestação de serviços, em que o acesso substitui, paulatinamente, a titularidade proprietária.

3 | A ERA DO ACESSO E SEUS REFLEXOS NA APROPRIAÇÃO PROPRIETÁRIA DE COISAS

A noção do instituto da posse e propriedade é essencial para compreensão das relações socioeconômicas. Por meio de breve reconstrução histórica, verifica-se que a passagem da Idade Média para a Idade Moderna representou, nesse sentido, grandes quebras de paradigmas.

Grossi (2006, p. 8) esclarece que a sociedade da Alta Idade Média estava baseada no instituto da posse, de modo que a busca por efetividade era a essência desse período. Ademais, segundo Hobbes (2004, p. 11):

> Seria difícil falar em propriedade durante a Idade Média. Sobre uma mesma terra, por exemplo, vários tem direitos. Um deles é o que estaria mais perto de ser o que hoje chamamos de seu proprietário: um homem livre, que a adquiriu por herança ou compra. Mas acima dele, está o seu senhor — ou mesmo, uma hierarquia de senhores — cada um dos quais tem certos direitos sobre o bem.

Contudo, após a mudança do sistema de produção medieval para um sistema de mercado moderno, houve necessidade de construção de um novo regime jurídico que se pautasse na apropriação de bens. Desse modo "a propriedade moderna tem seu traço distintivo mais marcante em relação à propriedade medieval justamente no conceito de

individualidade, na exclusividade da relação de pertencimento da coisa". (GUILHERMINO, 2018, p. 45)

Na modernidade, muito em razão do racionalismo iluminista, concebeu-se socialmente "o perfil de homem livre, dotado de autonomia e que realiza seus anseios humanos na condição de proprietário. A ciência firmava a concepção de que o homem era a medida de todas as coisas e o 'ter' era o catalizador da felicidade". (GUILHERMINO, 2018, p. 48) Nesse sentido, Rifkin (2001, p. 4) questiona e esclarece:

> Quem já não defendeu apaixonadamente as virtudes da propriedade e dos mercados alguma vez? As ideias sobre a liberdade individual, direitos inalienáveis e o contrato social são um produto da imaginação dessa convenção social indivisível e essencial.

Ao tratar da temática da propriedade de natureza privada e individual, OLIVEIRA (2006, p. 129) sintetiza o seguinte:

> O instituto da propriedade de natureza privada e individual, introduzido no ordenamento jurídico, e que de certo modo consolida os postulados da modernidade no direito, resultou de alterações nas relações de produção. O modo de produção feudal foi substituído pelo modo de produção capitalista, baseado na propriedade privada dos meios de produção, inclusive da terra, e no contrato.

Consolidado o cenário moderno de mercado, a realidade socioeconômica vem sofrendo fortes alterações, notadamente em razão da evolução tecnológica:

> Tais tecnologias nos fazem testemunhas de mudanças profundas, pelo surgimento de novos negócios, reformulação da produção, do consumo, do modo como trabalhamos e nos comunicamos remodelando o contexto econômico, social, cultural e humano em que vivemos (ZIPPERER, 2019, p. 34).

Essas mudanças têm gerado maneiras de ver e pensar o mundo de forma mais dinâmica. A noção de propriedade tem deixado cada vez mais espaço à noção de posse — viabilizada pelo acesso. RIFKIN (2001, p. 4), ao teorizar sobre a "era do acesso", observa que "na nova era, os mercados estão cedendo lugar às redes, e a noção de propriedade está sendo substituída rapidamente pelo acesso".

No âmbito comercial, atribui-se sucesso comercial ao estabelecimento de relações de longo prazo, e não mais às trocas individuais de bens. RIFKIN (2001, p. 5) coloca sob foco a relação mais próxima entre bens e serviços da seguinte maneira:

> Enquanto na maior parte da Era Industrial a ênfase era em vender bens e dar garantias de serviços aos produtos gratuitamente como incentivo de compra, agora as relações entre bens e serviços estão se invertendo. Um número crescente de empresas entrega gratuitamente seus produtos, na esperança de iniciar relacionamentos de serviço de longo prazo com seus clientes.

Defende-se a perspectiva na qual "vendedores e compradores são substituídos pelos fornecedores e usuários, e praticamente tudo é acessado" (RIFKIN, 2001, p. 5). Na

economia digital busca-se tratar cada vez mais a forma pela qual os clientes são atendidos. Não se trata apenas de entregar um produto ou serviço ao cliente, mas a entrega de uma experiência como um todo (SCHWAB, 2019)

Os consumidores, vistos sob a ótica da era do acesso, optam cada vez mais pelo uso em detrimento da propriedade quando se trata de bens de preço mais elevado, como é o caso de aparelhos, automóveis e casas. Para tais bens, a dinâmica vem se transformando, de anteriores aquisições por meio de contratos de compra e venda, para viabilização do acesso, com contratos de *leasing*, aluguéis, associações e demais condições de serviços ofertadas (RIFKIN, 2001, p. 5). É Nesse cenário que surge o conceito de 'Gig Economy', que se caracteriza como,

> [...] símbolo da maneira como o trabalho está mudando. O termo se refere ao aumento de contratos de curto prazo em vez de empregos permanentes ou estáveis. Foi elogiado por muitos por oferecer mais flexibilidade para trabalhadores, empregadores e clientes, em vez da natureza sufocante de alguns contratos de trabalho tradicionais. Os empregadores podem escolher quando e como desejam contratar trabalhadores. Clientes e consumidores podem colher os benefícios dessa flexibilidade: conseguir entrega de comida rapidamente, contratar um desenvolvedor de web e pedir um taxi sob demanda nunca foi tão fácil. Os trabalhadores podem supostamente escolher o que fazer, como, quando, onde e para quem. Muitos conseguem encontrar empregos e rendimentos antes difíceis de obter (WOODCOCK; GRAHAM, 2020, p. 11, tradução livre)[3].

O compartilhamento de automóveis, por exemplo, "exigirá a integração de informações pessoais e financeiras por meio de várias empresas dos setores bancários e automotivos, de serviços e comunicações" (SCHWAB, 2019).

Schwab (2019) afirma que na era digital, o que se busca é o uso e o acesso, de modo que é necessário refinar produtos e experiências, com o desenvolvimento de ajustes a todo momento para que não perder a interação humana como cerne de todo esse processo. Tal realidade permite, inclusive, a criação de institutos como a relação de multiterceirização, também conhecido pela terminologia *Crowdsourcing*, caracterizado pelo fenômeno de:

> [...] terceirizar uma atividade a um trabalhador pessoa física inserido em um grupo de pessoas indefinido conectados a uma mesma plataforma virtual, sob a forma de uma chamada aberta, em uma relação triangular intermediada de forma ***on-line*** por esta plataforma que visa o contato direto entre trabalhador e requerente, sendo esta relação de natureza onerosa e descontínua, realizada com contato pessoal ou de forma virtual (ZIPPERER, 2019, p. 159).

Em razão das alterações sociais que dão origem a termos como "era do acesso"

3 No original: *The rise of the 'gig economy' has become symbolic of the way that work is changing. The term refers to the increase in short-term contracts rather than permanent or stable jobs. It has been touted by many as offering much greater flexibility for workers, employers and customers, rather than the stifling nature of some tradicional employment contracts. Employers can choose when and how they want to hire workers. And clients and customers can reap the benefits of this flexibility: getting food delivery quickly, hiring a web developer and ordering a taxi on demand has never been easier. Workers can supposedly choose what to do, how, when, where and for whom. Many are able to find jobs and income previously hard to obtain.*

(RIFKIN, 2001); “quarta revolução industrial” (SCHWAB, 2019), “economia compartilhada” (ZIPPERER, 2019), entre outros termos, percebe-se que nessa nova era, o acesso é almejado a todo tempo, em detrimento da propriedade, “e expreriências culturais que alimentam a existência psicológica de uma pessoa torna-se tão importante quanto manter as posses” (RIFKIN, 2001, p. 7).

Inclusive, Schwab (2019) salienta o fato de que, nesse cenário, a “internet das coisas” permitirá que tudo poderá ser conectado a uma rede de comunicação que se encontra em toda parte. Assim, ressalta como alguns dos aspectos positivos dessa realidade o menor custo na prestação de serviços, bem como a adição de serviços digitais oferecidos em conjunto aos produtos a ser comercializados.

A noção de prestação e consumo de bens e serviços facilitados, sob a ótica da economia sob demanda na atualidade, “gera uma questão fundamental: o que vale a pena possuir — a plataforma ou o ativo subjacente?” (SCHWAB, 2019). Nesse sentido, Goodwin (2015) fez as seguintes ponderações:

> O ***Uber***, a maior empresa de táxis do mundo, não possui sequer um veículo. O ***Facebook***, o proprietário de mídia mais popular do mundo, não cria nenhum conteúdo. ***Alibaba***, o varejista mais valioso, não possui estoques. E o ***Airbnb***, o maio provedor de hospedagem do mundo, não possui sequer um imóvel.

Verifica-se, portanto, forte tendência social à busca pelo acesso, e não mais pela propriedade, observando-se, em segundo momento, o surgimento de uma economia de serviços, sendo a prestação de serviços a propulsora do capitalismo. A esse respeito Rifkin (2001, p. 69) observa que:

> Embora os “serviços” sejam uma categoria um pouco volúvel, fugaz e aberta a uma variedade de interpretações diferentes, geralmente incluem atividades econômicas que não são produtos ou construção, são transitórios, são consumidos no momento em que são produzidos e fornecem um valor intangível. [...] Eles incluem o trabalho profissional (jurídico, contábil e de consultoria) o comércio de varejo e atacado, transportes, comunicações, assistência médica, creches, cuidados de idosos, atividade paga de entretenimento e lazer e programas sociais do governo.

E complementa afirmando que

> [...] serviços não se qualificam como propriedade. São imateriais e intangíveis. São executados, e não produzidos. Existem apenas no momento em que são oferecidos. Não podem ser guardados, acumulados ou herdados. Enquanto os produtos são comprados, os serviços são disponibilizados. Em uma economia de serviços é o tempo humano que está sendo transformado em ***commodity***, e não lugares ou coisas. Os serviços sempre invocam um ser humano e uma coisa. (RIFKIN, 2001, p. 70)

Seguindo a tendência supracitada, com o potencial crescimento, na era do acesso, das atividades econômicas de prestação de serviços, a Lei nº 13.874, de setembro de 2019 (conhecida como Lei da Liberdade Econômica) entrou em vigor pautada na ideia de

desburocratização da atividade econômica essencial para o desenvolvimento nacional, e dispôs que é direito de toda pessoa natural ou jurídica “desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica” (BRASIL, 2019).

O referido diploma legal estabeleceu — no §6º do artigo 1º — que se consideram atos públicos de liberação, para fins do disposto na lei:

> [...] a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros (BRASIL, 2019).

Ainda sobre a normativa que toca à prestação de serviços, o legislador se mostrou atento à volatilidade das atividades econômicas de prestação de serviço inseridas em uma realidade socioeconômica de aceleradas mutações e dinâmica cada vez mais utilitária, focada no acesso em detrimento da propriedade. Percebe-se tal característica na redação do artigo 3º, *caput* e inciso VI da Lei nº 13.874/2019, que preconiza ser direito de toda pessoa natural ou jurídica que atue no cenário econômico nacional:

> Desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos (BRASIL, 2019).

A previsão de parâmetro hermenêutico trazido no referido diploma legal determinou diretrizes interpretativas em favor “da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade [...]” (BRASIL, 2019). Nesse sentido, OLIVEIRA (2006, p. 126) já havia ponderado que “[...] no que se refere à ordem econômica, assumem relevância os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho que constituem o fundamento da atividade econômica, conforme o disposto no artigo 170 da Constituição”.

Levando em consideração as ponderações de Rifkin (2001, p. 70) no sentido de que o acesso, afastando-se da noção de propriedade e voltando-se para a prestação de serviços, bem como o alerta dele de que “Precisamos repensar o contrato social do começo ao fim se quisermos lidar seriamente com os impactos de um mundo baseado mais no acesso que na propriedade” (RIFKIN, 2001, p. 70), faz-se necessário avaliar o modo como o instituto da securitização pode ser utilizado na realidade socioeconômica de uma potencial era do acesso, no contexto da realidade brasileira.

4 | O FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS — FIDC COMO INSTRUMENTO DE VIABILIDADE DA SECURITIZAÇÃO NO BRASIL

Os fundos de investimentos em direito creditório (FIDC) são conceituados como uma comunhão de recursos, que obrigatoriamente deve destinar, no mínimo, 50% de seu patrimônio líquido para a realização de operações de aquisição de direitos creditórios — ou recebíveis (ANBIMA, 2015). É possível definir o direito creditório derivados de operações comerciais e que são objeto dos FIDCs como:

> [...] representantes dos créditos que uma empresa tem a receber dos seus clientes. Encaixam-se nesse grupo: cheques, duplicatas, parcelas de cartão de crédito, financiamento de veículos, financiamento imobiliário, crédito consignado, empréstimos a pessoa física e jurídica, contratos de aluguéis, etc (MACHADO, 2020, p. 35).

Cita-se como exemplo de ativos que poderão fazer parte de um FIDC como sendo os "créditos originados de transações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, na forma de recebíveis [...]" (B3 - BRASIL, BOLSA, BALCÃO, 2017).

A classificação dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios se dá em: (i) fundos abertos, nos quais a entrada para novos investidores — desde que sejam profissionais ou qualificados — é livre até que se atinja o limite estipulado pelo gestor do fundo e "os cotistas podem solicitar a qualquer momento o resgate das suas cotas, respeitando a carência para resgate, definida de acordo com a política de investimento de cada fundo e registrada no seu regulamento" (MACHADO, 2020, p. 35); e (ii) fundos fechados, caracterizados como aqueles em que "os cotistas somente podem resgatar suas cotas após o prazo de duração do fundo; quando houver um cronograma de amortização de cotas prevista no regulamento; ou no caso em que ocorrer a liquidação antecipada do fundo" (MACHADO, 2020, p. 35).

Os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios foram positivados no cenário nacional com a Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 2.907, de 29 de novembro de 2001 e, logo em seguida, foram regulamentados pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 356, de 17 de dezembro de 2001.

A Instrução CVM 356 define os direitos creditórios como:

> Os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, e os ***warrants***, contratos e títulos referidos no §8º do art. 40 desta instrução (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2001).

De acordo com a Anbima (2015) antes do ano de 2001 — período no qual os FIDCs foram criados — operações de securitização que fossem efetuadas fora das companhias securitizadoras traziam diversas exigências, dentre elas, a criação de uma sociedade

anônima. Tal fato se verificava com a criação das chamadas Sociedades com Propósito Específico (SPEs). Os custos para operacionalizar tal operação se mostravam elevados, haja vista a necessidade de pagamentos de tributos como PIS, Cofins, IRPJ e CSLL.

Como os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios não possuem personalidade jurídica, de plano, pode-se observar uma das grandes vantagens desse instrumento de securitização, que se traduz no fato de atuarem "como se fossem uma SPE, são beneficiados pela segregação do patrimônio, ou seja, o patrimônio líquido dos fundos fica isolado do patrimônio da empresa cedente dos créditos, o que representa maior segurança para o investidor, no caso de falência" (ANBIMA, 2015).

Outra vantagem desse mecanismo de titularização de direitos creditórios, sob a perspectiva do cedente para fins de captação financeira, é verificada no fato de que "esses ativos podem ser originados por diferentes setores da economia, que utilizam a securitização por meio do FIDC como fonte alternativa de recursos e instrumento de desintermediação financeira" (ANBIMA, 2015).

No que concerne às vantagens da securitização por meio de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios analisados sob a perspectiva das empresas, Machado (2020, p. 46-49) lista, inicialmente, a redução de custo de captação de recursos, uma vez que, na securitização de recebíveis, por meio de FIDC ou não, a carteira de recebíveis e o patrimônio da empresa são tratados de forma separada, ou seja, "o *rating* aplicado na carteira de crédito cedida ao FIDC passa a ser melhor que o *rating* da empresa, e pelo fato do prêmio de risco da operação estar fortemente relacionado com essa variável, a empresa consegue obter uma taxa de juros inferior" [..] (MACHADO, 2020, p. 46). Outrossim, os custos relativos à intermediação financeira se mostram reduzidos em razão do fato de que, por meio da securitização, as empresas acessam o mercado de capitais de maneira direta, sem a necessidade de tomada de recursos em banco comercial.

No que concerne à redução de custos na captação de recursos, também se faz ressaltar as vantagens tributárias. Uma vez que se trata de fundo de investimento, o FIDC não é detentor de personalidade jurídica própria e, por tal motivo, não se classifica como contribuinte (CRUZ; BISPO, 2008). Desse modo, a única incidência que se dá é o Imposto de Renda ao investidor Pessoa Física. A alíquota deste imposto varia de 22,5% a 15%, a depender do momento em que o investidor resgata as suas cotas e do "enquadramento do fundo como longo prazo" (MACHADO, 2020, p. 47). Salienta-se que há "tratamento diferenciado para os fundos de investimento classificados como 'curto prazo' ou 'longo prazo', conforme o prazo médio da respectiva carteira seja inferior ou superior a 365 dias" (ANBIMA, 2015). Para os FIDCs abertos:

> [...] no caso dos fundos classificados como "curto prazo", os rendimentos auferidos nas aplicações com prazo de até seis meses sujeitam-se ao imposto de renda à alíquota de 22,5%, e de 20% nas aplicações superiores a esse prazo. Além disso, independentemente da ocorrência de resgates, há incidência de tributação semestral no final dos meses de maio e novembro

> (come-cotas) à alíquota de 20%, sendo aplicada alíquota complementar de 2,5%, caso o efetivo resgate ocorra em prazo inferior a seis meses contados do início da aplicação. A tributação dos fundos classificados como "longo prazo" segue a mesma sistemática, porém com alíquotas variando de 22,5% até 15%, esta última alíquota incidindo sobre os rendimentos de aplicações com prazos superiores a dois anos. Já a tributação semestral dos fundos classificados como "longo prazo" incide à alíquota de 15%, sendo aplicada alíquota complementar correspondente ao prazo decorrido entre o início da aplicação e o efetivo resgate. (ANBIMA, 2015).

Por fim, quando comparado o instituto do FIDC com a operação de desconto de duplicatas em bancos, aquele se mostra vantajoso em detrimento deste, devido a não incidência do IOF:

> Essa antecipação feita em bancos gera um custo tributário (IOF) de 0,38% sobre o valor da operação + 0,0041% ao dia (limitado a 1,5%), o que torna a operação mais custosa para a empresa. Como a natureza dos FIDCs geralmente é de operações com recebíveis de curto prazo, o impacto do IOF fica representativo por conta da alíquota fixa de 0,38%. Como exemplo, numa operação cujo prazo é de 30 dias a vantagem da operação do FIDC sobre a operação bancária é cerca de 0,5%, o que é um custo relevante. (MACHADO, 2020, p. 46).

Por meio da utilização dos FIDCs como fonte de financiamento há "uma passagem de valores de contas a receber para o caixa da companhia" (MACHADO, 2020, p. 47). Tal resultado é distinto do que ocorreria se a empresa optasse em se capitalizar utilizando-se de operações intermediadas por instituições financeiras, nas quais há contratação de dívida e, consequentemente, crescimento nos padrões de endividamento da empresa. Logo, a opção de aumento de liquidez da empresa via Fundo de Investimento em Direitos Creditórios interfere diretamente na melhoria dos indicadores do balanço patrimonial.

Ao analisar o mercado de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios no cenário brasileiro, Machado (2020, p. 54-59) esclarece alguns traços de desenvolvimento demonstrados por esse instrumento de securitização, a depender do cenário econômico vivido no país. Verifica-se que, da sua criação (2001) até 2003, existiam apenas sete fundos estruturados nos moldes do FIDC. Contudo, do ano de 2003 até 2011, tendo em vista os *spreads* bancários e altos patamares da taxa selic, bem como diminuição de possibilidade de captação de recursos em bancos privados em razão dos efeitos da crise mundial de 2008, houve amadurecimento dos FIDCs.

Nos anos de 2011 a 2015, o cenário nacional passou a demonstrar forte atuação dos bancos públicos, como é o caso dos BNDES, na concessão de crédito às empresas. Desse modo, verificou-se retração na mecânica de captação de recursos via FIDC, pois se mostravam menos vantajosos naquele momento. MACHADO (2020, p. 55) salienta que "esse movimento reduz a necessidade das empresas se lançarem no mercado de capitais para captar recursos via instrumentos financeiros, como os próprios FIDCs".

Por fim, ao observar o panorama dos FIDCs entre os anos de 2016 e 2019, é

possível verificar queda na atuação do BNDES na concessão de crédito à empresas, o que implica a necessidade das empresas buscarem captação de recursos via mercado de capitais. Nesse sentido, observa-se que o FIDC está se estruturando e se expandindo no cenário nacional. Uqbar (2020, p. 13) esclarece que "a retração do crédito de fonte estatal e do crédito direcionado, a expansão do crédito privado e de recursos livres, em um contexto monetário de juros declinantes, fundamentara, o crescimento do mercado de FIDC no último ano".

Especificamente sobre os principais ativos-lastro — advindos de negócio jurídico subjacente — que compõe a carteira dos fundos, para fim de verificação de quais setores da economia se originam os principais recebíveis, Machado (2020, p. 56-57) destaca os seguintes setores, em ordem de relevância com base no patrimônio líquido dos fundos: (i) Recebíveis Comerciais; (ii) Setor Público; (iii) Multiclasse; (iv) Recebíveis do Agronegócio; (v) Crédito Pessoa Jurídica; (vi) Crédito Pessoa Física; (vii) Financiamento de Veículos; (viii) Crédito Imobiliário; (ix) Outros. Segundo Machado, é possível verificar que:

> Em termos de representatividade no patrimônio total dos fundos, o destaque ficou para os FIDCs de recebíveis comerciais com 37,7% (R$ 56,7 bilhões) de participação. Em seguida, os FIDCs de recebíveis do Setor Público encarraram 2019 com 17,3% (R$ 26,7 bilhões) de participação, os FIDCs Multiclasse são a terceira maior classe e, conforme a Uqbar (2020), é composta por fundos que investem em créditos em duas ou mais classes de ativo-lastro.
>
> A quarta posição é ocupada pelos FIDCs de recebíveis do agronegócio, classe que ganhou destaque de expansão em 2019 e encerrou o ano com 9,6% (R$ 14,8 bilhões) do mercado, apresentando também grande tendência positiva para os próximos anos, diante do crescimento do agronegócio brasileiro. Com participação muito semelhante ao do agronegócio, os FIDCs de crédito pessoa jurídica detém 9,27% (R$ 14,3 bilhões) do mercado. Completam a lista os FIDCs de crédito pessoa física com 5,0% (R$ 7,8 bilhões), financiamento de veículos com 3,82% (R$ 5,9 bilhões), crédito imobiliário com 1,43% (R$ 2,2 bilhões) e outros (recebíveis educacionais, tributos, prestação de serviço público, indeterminado, etc) com 5,51% (R$ 8,5 bilhões) (MACHADO, 2020, p. 57).

Constata-se a gradual sedimentação dos Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios, bem como sua sofisticação, por meio de constantes alterações, pela CVM, na instrução normativa regulamentadora dessa espécie de fundo. Ademais, a tendência é de forte crescimento dos FDICs para os próximos anos, pois os cenários de acesso ao crédito facilitado às empresas — que, na prática, era desestímulado para a iniciativa privada se lançar no mercado de capitais — não faz mais parte da realidade vivenciada na perspectiva econômica brasileira.

Em que pese o instituto dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios estarem sedimentados no cenário de captação de recursos nacional, percebe-se pouca utilização dessa ferramenta securitizadora pelas empresas prestadoras de serviço. O que se vê, atualmente, em poucas carteiras de FIDCs que adquirem créditos lastreados em contratos

de prestação de serviço, são negócios jurídicos dos serviços prestados somente pelo Estado.

O setor de serviços privados se mostra consentâneo às práticas securitizadoras, de modo que os FIDCs podem ser ferramenta vantajosa nesse mercado com consequentes benefícios tanto à livre iniciativa (albergada constitucionalmente, bem como na recente Lei nº 13.874/2019) quanto aos investidores que atuam no mercado de capitais. É necessário, contudo, que Comissão de Valores Mobiliários — CVM, promova a devida regulamentação, de modo a evitar riscos sistêmicos para a atividade econômica.

5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa, objetivou-se analisar o alcance das alterações sociais observadas na era do acesso e sua influência na regulação jurídica e na utilização de ferramentas securitizadoras.

Inicialmente, buscou-se compreender os fundamentos do instituto da securitização, enquanto mecanismo destinado a antecipação de recebíveis, por meio de emissão de títulos ou valores mobiliários, lastreados nos créditos decorrentes de atividade comercial ou industrial.

Observou-se a expressiva proximidade do instituto com o mercado imobiliário. A experiência jurídica e econômica das práticas securitizadoras ocorreu no mercado imobiliário dos Estados Unidos da América — com as operações do mercado financeiro de habitação — e no Brasil, por meio das emissões de Certificados de Recebíveis Imobiliários.

Na perspectiva de análise socioeconômica, verificou-se, também, consideráveis alterações sociais que deram origem a uma nova era, na qual o acesso a serviços reduz o alcance da titularização proprietária de coisas. Observou-se o surgimento de novos fenômenos sociais como “era do acesso”; “quarta revolução industrial”; “economia compartilhada”; etc. Nesse sentido, percebeu-se que as constantes mutações tecnológicas provocam mudanças socioeconômicas.

A demanda social por experiências está se tornando tão importante quanto a manutenção da titularidade proprietária sobre bens. Nessa busca constante por experiências, as atividades de prestação de serviços adquirem protagonismo no plano socioeconômico.

No caso do Brasil, observou que os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios — FIDC — constituem instrumento interessante para a captação de recursos no mercado.

O crescimento da noção de acesso, em detrimento da noção de propriedade, abre espaço para operações de securitização de recebíveis provenientes de prestação de serviço impondo-se, no caso do Brasil, a necessidade de regulação pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM de modo a prevenir riscos para o mercado e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ANBIMA. **Fundo de Investimento de Direitos Creditórios: estudos especiais: produtos de captação.** Redatores: Antônio Filgueira, Dalton Boechat. Rio de Janeiro, 2015 disponível em:<https://www.anbima.com.br/data/files/89/A0/02/F5/EDB675106582A275862C16A8/FIDC_1_.pdf> acesso em: 02 fev 2021

AVELINO, Luiz Filipi de Cristófaro. **Aspectos Jurídicos da Securitização no Brasil.** Dissertação (Mestrado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>. Acesso em: 18 jan 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA, o Warrant Agropecuário – WA, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA, a Letra de Crédito do Agronegócio – LCA e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA, dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.973, de 29 de maio de 2000, que dispõe sobre o sistema de armazenagem dos produtos agropecuários, 8.427, de 27 de maio de 1992, que dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural, 8.929, de 22 de agosto de 1994, que institui a Cédula de Produto Rural – CPR, 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, e altera a Taxa de Fiscalização de que trata a Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11076.htm>. Acesso em: 18 jan 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 18 jan 2021.

B3 - BRASIL, BOLSA, BALCÃO. **Fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC)** Disponível em:<http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/renda-fixa/fundos-de-investimentos-em-direitos-creditorios-fidc.htm.> acesso em: 30 jan 2021

CHAVES, Natália Cristina. **Direito Empresarial — Securitização de Créditos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS I**nstrução N° 356 de 17 de dezembro de 2001.** Regulamenta a constituição e o funcionamento de fundos de investimento em direitos creditórios e de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em direitos creditórios.Disponível em: < hhttp://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst356.pdf>. Acesso em: 24 jan 2021.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução N° 1834 de 26 de junho de 1991.** Faculta a captação de recursos no exterior, com estabelecimento de vínculo a exportações.Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1991/pdf/res_1834_v2_L.pdf>. Acesso em: 24 jan 2021.

CRUZ, Bleise Rafale; BISPO, Jorge de Souza. **Gestão de riscos dos fundos de investimento em direitos creditórios.** *In*: ENCONTRO DA ANPAD, 32., 2008, Rio de Janeiro: ANPAD, 2008. p. 1-16.

GAGGINI, Fernando Shwarcz. **Securitização de Recebíveis.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaios.** Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
GUILHERMINO, Everilda Brandão. **A tutela das Multititularidades**: **respensando os limites do direto de propriedade.** Rio de janeiro: Lumes Juris, 1ed., 2018.

HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2004.

KENDAL e FISHMAN 2000, *apud* LANZ, Luciano Quinto; COSTA, Alex Ribeiro; PERUFO, João Vitor; GAUDIOSO, Márcio Almeida. Sistema de garantias para cadeias produtivas: modelo de securitizaçãp para FIDCs. **Revista do BNDS** Rio de Janeiro, n° 44, dezembro de 2015, 311-348. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/6921?mode=full> Acesso em: 03 fev. 2021.

KOTHARI, Vinod. ***Securitization: The Financial Instrument of the Future.*** Singapore: JOhn Wiley & Sons (Asia) Pte Ltd., 2006

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 1997 Apud. AVELINO, Luiz Filipi de Cristófaro. **Aspectos Jurídicos da Securitização no Brasil.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2014.

MACHADO, Lucas da Silva. **Securitização de recebíveis através da estruturação de fundo de investimento em direitos creditórios como alternativa de financiamento para empresas**. Monografia, Faculdade de Economia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronh**a. *Securitização* de Recebíveis Mercantis.** São Paulo, Quartier Latin, 2010.

OIOLI, **prefácio** de RIBEIRO JÚNIOR, José A. Securitização de Recebíveis: elementos constitutivos no direito brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade.** Rio de Janeiro: forense, 1 ed 2006.

RANIERI, Lewis. ***The origins of securitization, sources of its growth, and its future potencial.*** In KENDALL, Leon T., e FISHMAN, Michael J. (Coord.). *A primer on securitization.* Cambridge: MIT Press, 2000.

RIBEIRO JÚNIOR, José **A. Securitização de Recebíveis: elementos constitutivos no direito brasileiro.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

RIFIKIN, Jeremy. **A Era do Acesso.** 1 ed. São Paulo: Person Education, 2001.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Tradução Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. São Paulo; Edipro, 2019.

UQBAR. **Anuário: fundo de investimento em direitos creditórios.** Rio de Janeiro, 2020. p. 56
WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. **The Gig Economy: A critical introduction**, 1ed. Cambridge: Polity Press 2020.

IPPERER, André Gonçalves. **A Intermediação de Trabalho via Plataformas Digitais**: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI. São Paulo: LTr, 2019.

CAPÍTULO 13

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE COMO GERADOR DE DIREITOS E PERDA DE DIREITOS SUCESSÓRIOS

Data de aceite: 01/04/2022
Data da submissão: 23/02/2022

Caroline Pacheco Bezerra
Universidade Estadual do Piauí
Picos/PI
http://lattes.cnpq.br/7549737712758242

Júlio César de Moura Luz
Universidade Federal do Piauí
Picos/PI
http://lattes.cnpq.br/1354660821360261

RESUMO: O presente estudo aborda o caráter jurídico da afetividade, que tem se tornado importante pilar do direito de família e possui, por consequência, reflexos consideráveis no direito das sucessões. Objetiva-se, então, discutir a influência do afeto no ordenamento cível brasileiro referente às novas composições familiares e seu consequente reflexo nas relações atinentes ao direito sucessório, através de estudos bibliográficos, de dispositivos legais e jurisprudência, partindo dos seguintes pontos: o conceito contemporâneo de família; afetividade como princípio norteador; filiação socioafetiva e multiparentalidade; e os institutos da deserdação e da indignidade como quebra de afetividade no âmbito do direito das sucessões. Pôde-se constatar, ao final deste trabalho, que o afeto é um objeto jurídico dotado de subjetividade, tendo o direito sucessório corretamente se amoldado a esta realidade.
PALAVRAS-CHAVE: direito de família; direito das sucessões; socioafetividade; multiparentalidade.

THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY AS A GENERATOR OF RIGHTS AND LOSS OF SUCCESSORY RIGHTS

ABSTRACT: The present study addresses the juridical character of affectivity, which has become an important pillar of family law and has, consequently, considerable repercussions on inheritance law. The objective is, then, to discuss the influence of affection in the Brazilian civil order regarding the new family compositions and its consequent reflection in the relations concerning the inheritance law, through bibliographic studies, legal provisions and jurisprudence, starting from the following points: the contemporary concept family's; affectivity as a guiding principle; socio-affective affiliation and multiparenting; and the institutes of disinheritance and indignity as a breach of affectivity in the scope of inheritance law. It could be seen, at the end of this work, that affection is a legal object endowed with subjectivity, with the inheritance law correctly shaped to this reality.
KEYWORDS: family right; succession law; socio-affectivity; multiparenting.

1 I INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência dinâmica, apta a regulamentar a vida em sociedade. Portanto, está sempre interligada à dinâmica social, influenciando-a e sofrendo sua influência a cada período histórico.

Não é por menos que o Direito de Família

tem avançado proporcionalmente à evolução do sentimento social, sendo a cada dia mais reconhecidas pelo ordenamento jurídico, as famílias que já existiam no mundo dos fatos, mas eram invisíveis para o Direito, como as famílias homoafetivas, monoparentais e, até mesmo, as famílias mosaico, compostas por diferentes núcleos familiares em relação de multiparentalidade, conceito que será devidamente abordado nesta pesquisa.

A afetividade tem sido um conceito fundamental para a compreensão e inserção jurídica das mais variadas composições familiares existentes.

O Direito Sucessório, por sua vez, por ter como principal base – mas não única – as relações familiares, sofre influência direta do Direito de Família, havendo neste reflexos fundamentais do princípio da afetividade, surgindo como problema de pesquisa a necessidade de compreensão sobre o quanto o princípio da afetividade e sua influência no direito de família têm sido assimiladas pelas normas referentes às sucessões.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo geral discutir a influência do afeto no ordenamento cível brasileiro referente às novas composições familiares e seu consequente reflexo nas relações atinentes ao Direito Sucessório.

Para isso foi realizado estudo bibliográfico a partir da análise de autores do Direito Civil e artigos publicados por pesquisadores em periódicos científicos. Além do mais, nesse contexto, foram discutidas e interpretadas legislações referentes à matéria, a partir de técnicas da hermenêutica jurídica, como a interpretação sistemática das leis e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Iniciou-se a discussão tendo como base o estudo do conceito contemporâneo de família, que vem rompendo com a antiga lógica patriarcal, bipolar e tradicionalista e passando a considerar como aspectos principais, as subjetividades do indivíduo como ser relacional em constante busca pela dignidade e felicidade.

Posteriormente, foi alçada a ideia do princípio da afetividade como basilar para o Direito de Família e, consequentemente, com reflexos imediatos sobre o Direito das Sucessões.

Como consequência do princípio da afetividade, o Supremo Tribunal Federal julgou a matéria, em sede de repercussão geral, definindo a tese 662 que reconheceu as famílias multiparentais, o que atrai novas possibilidades legislativas, interpretativas e incidência sobre as regras sucessórias, tema este que foi o plano de fundo do 4º tópico deste trabalho.

Por fim, foi discutida a incidência da afetividade como desconstituidora do Direito Sucessório, nos casos previstos em lei como possibilidade de decretação de indignidade e deserdação.

O estudo da temática em apreço é fundamental tendo em vista a necessidade de estudos constantes sobre a matéria, que se atualiza a cada dia no mundo dos fatos, e carece de cada vez mais ação dos estudiosos do Direito para que o mundo jurídico consiga acompanhar as referidas atualizações sociais alusivas às composições familiares.

Constatou-se, enfim, o afeto como uma subjetividade intrínseca às relações

familiares e que as instituições jurídicas têm cada vez mais o compreendido desta maneira, o que interfere diretamente nos direitos sucessórios, possibilitando direitos aos parentes por afetividade.

2 I O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo paradigma ao conceito de família, vencendo a visão patriarcal do século XIX de que apenas a formariam os grupos surgidos da relação matrimonial entre homens e mulheres.

Nesse sentido, o artigo 226 da Carta Magna, em seu §3º, reconhece como entidade familiar a união estável entre homens e mulheres, bem como em seu §4º destaca também ser entendida desta forma a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, o que configuraria a chamada família monoparental (BRASIL, 1988).

Todavia, destaque-se que as disposições constantes acerca da configuração familiar na CF/88 não são restritivas aos modelos citados, tendo em vista a complexidade das relações familiares por sua própria natureza.

Nesse sentido, Tartuce (2019) explica que os modelos de família não devem ser enquadrados de maneira rígida, em um rol taxativo (*numerus clausus*). Por este motivo, de acordo com o autor, o rol constante no art. 226 da Constituição Federal é tão somente exemplificativo, pois passível de variações.

Nesta senda, Dias (2015) defende que a família deve ser encarada sob o ponto de vista pluralista, com o fito abrigar variados arranjos familiares. Isso porque o elemento fundamental para o enlace da entidade familiar deve ter origem em um laço de afetividade, independentemente de sua conformação.

Na mesma linha, tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que considera a família como um instituto que transcende seu aspecto objetivo, pois funda-se na subjetividade, inclusive no que diz respeito à atmosfera da afetividade.

Merece destaque o trecho retirado do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que reconheceu aos casais homoafetivos o direito à configuração da união estável:

> Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera

> de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. (STF, 2011, p. 33).

A decisão mencionada demonstra um recorte importante na eleição da afetividade como um valor subjetivo inerente às constituições familiares. O afeto, portanto, merece ser compreendido como um objeto de estudo para o Direito de Família.

Denota-se, com isso, que a formação da família superou, na atualidade constitucional, os critérios meramente biológicos, canônicos e tradicionais para sua configuração, tendo na afetividade e solidariedade, por exemplo, entre seus membros, critérios marcantes ao seu vislumbre.

Tem-se, desta forma, conforme Pereira, Ruzyk e Oliveira (2018) que a valorização da subjetividade como elemento caracterizador do vínculo familiar é um dos marcos para a ruptura com a antiga concepção da família como um lócus de manutenção da estabilidade social, que se encerrava em si mesma, para a evolução da família como um instituto capaz de instrumentalizar a busca pela felicidade.

3 I A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÓRIO E SEUS DESDOBRAMENTOS

Pereira, Ruzyk e Oliveira (2018), explicam que se deve conferir interpretação sistemática à norma do art. 226 da Constituição Federal, levando-se em conta que a família é a base da mesma sociedade livre, justa e solidária aclamada no art. 3º da *Lex Mater* e que, portanto, todos os núcleos familiares que existem no mundo concreto devem ser protegidos.

Tartuce (2019), nessa linha, lembra que o afeto, embora não conste no rol constitucional de direitos fundamentais, pode ser conhecido como uma derivação direta do princípio da dignidade humana que, assim sendo, deve ser considerado como um princípio jurídico aplicado ao âmbito das relações familiares.

Oliveira e Cabral (2021) lecionam que os princípios, no direito, são importantes fonte legislativa e, além disso, instrumentos de garantia da máxima efetividade das leis a partir de suas influências para a interpretação legislativa. As autoras lembram, ainda, que no âmbito do Direito de Família, os princípios foram um importante instrumento para a ruptura com interpretações que favoreciam julgamentos morais na aplicação das regras de condutas familiares.

O princípio da afetividade, de acordo com Oliveira e Cabral (2021), é precursor do princípio da solidariedade familiar. A afetividade funciona, nessa ótica, como representante

da subjetividade das relações familiares: privilegia as relações de integração de pessoas que vivem sob um mesmo teto com intenção de constituir um lar.

Pozzoli e Toledo (2018) vão além e relacionam a afetividade a um suposto direito fraternal, fundado na dignidade humana e no sentido da vida – e como uma escada para a humanização do direito. Os autores relatam, ainda, que todo o preâmbulo da Constituição Federal faz referência a relações afetivas e fraternidade.

Nessa linha, o Estado, ao reconhecer por meio de sua lei superior os valores de fraternidade e afetividade como desejáveis para a base axiológica do seu corpo jurídico, torna indubitável a consolidação de caminhos para que a influência dos ditos valores seja consolidada.

Não é por menos, a título de exemplo, que foi promulgada, no Brasil, a Lei nº 11.924/2009, conhecida como Lei Clodovil Hernandes, que garantiu aos enteados ou enteadas o direito de requerer ao judiciário a utilização do nome de família do padrasto/madastra, no registro de nascimento. (BRASIL, 2009)

Há, nesse caso, uma clara influência do princípio da afetividade como um informativo da constituição das leis do país. Assim como o há em outros diplomas legislativos, como na lei de adoção e no instituto da guarda compartilhada.

É bem sabido, ainda, que o Direito de Família influencia e se correlaciona com o Direito Sucessório. Portanto, o princípio da afetividade, norteador do direito das famílias, também é apto a ensejar atualizações ao Direito Sucessório.

O presente princípio, portanto, transcende a questão patrimonial. Todavia, apesar deste fato, não deixa de trazer reflexos patrimoniais, inclusive por meio do Direito Sucessório.

Torna-se necessário aprofundar-se, então, nessa problemática. O quanto um princípio do direito de família, fundado na subjetividade, pode influir nas normas referentes ao direito sucessório.

4 | A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, A MULTIPARENTALIDADE (STF) E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS

A influência do caráter afetivo nas relações familiares é tão marcante a ponto de reinventar a própria paternidade/maternidade, sendo possível, assim, falar-se no termo jurídico de filiação socioafetiva, afastando a necessidade de vínculo biológico/genético para reconhecimento da filiação.

Nesse sentido, Aguirre (2017) destaca que a paternidade transcende ao vínculo biológico e deve guardar valores e obrigações referentes a afeto, cuidado, sustento, guarda e solidariedade.

Barboza e Almeida (2021) explicam que o parentesco socioafetivo depende de dois elementos essenciais: um externo, que é o reconhecimento social; e outro interno, que é a afetividade. A junção desses dois elementos possibilita o reconhecimento judicial ou,

mesmo, extrajudicial da paternidade socioafetiva, conforme provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.

Todavia, para além dos casos de reconhecimento jurídico formal da situação, há situações que existem no mundos fatos, mas constituem ilícitos no mundo jurídico, em que a socioafetividade é colocada à frente do aspecto objetivo do direito, como o caso da chamada “adoção à brasileira”, na qual as relações de afeto existentes e configuradoras do vínculo de filiação socioafetiva podem se sobrepor e serem reconhecidas tendo como foco o princípio da afetividade.

Barboza e Almeida (2021) citam como exemplo o caso no qual o namorado/marido/ companheiro reconhece o filho que sabidamente não é seu pelo vínculo do afeto e, após a dissolução do namoro ou sociedade conjugal, busca desconstituir a filiação no registro de nascimento por sua própria liberalidade.

Nesse caso, segundo os autores, os tribunais brasileiros têm reconhecido que não pode o pai, após constituir relações duradouras e familiares, desconstituir o citado vínculo, mesmo este sendo oriundo de uma situação inicialmente ilícita, tendo como base o melhor interesse do menor.

Também evidencia a força da afetividade no âmbito do reconhecimento da filiação o fato de o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, na qual foi firmada a seguinte tese em repercussão geral: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Fica claro, portanto, que o afeto, na esteira das relações familiares, é, por si só, capaz de propiciar originariamente o vínculo de parentesco que, conforme Pereira, Ruzyk e Oliveira “é fenômeno social e relacional, que se constitui sob a marca da afetividade. Essa é a realidade que se aprende da abertura conceitual do sistema” (PEREIRA; RUZYK; OLIVEIRA; 2018, p. 1275).

A citada decisão possibilita, ainda, que seja reconhecida concomitantemente dois vínculos paternos fundados no aspecto biológico/genético e outro fundado no caráter afetivo.

Aguirre (2017) destaca que a decisão do STF, em repercussão geral, a admissão legal desta multiparentalidade foi um passo importante para traduzir o fim da lógica binária que permeava a necessidade de escolha entre a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica.

O autor reconhece, ainda, que a multiparentalidade e a formação das chamadas “famílias mosaico” deve ser invocada nos casos em que o caráter da socioafetividade encontra-se presente nas duas relações familiares – inclusive na que também carrega o vínculo biológico.

Nesse diapasão, uma discussão importante deve ser levantada: como se dá a

incidência do Direito Sucessório no âmbito das famílias multiparentais.

Segundo Tartuce (2019) no caso das famílias multiparentais, um vínculo parental não pode excluir o outro. Portanto, a multiparentalidade pode ser reconhecida para todos os fins jurídicos, inclusive os ligados ao Direito Sucessório.

Nessa esteira, o Enunciado nº 632 da VIII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, que prediz: “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”. (BRASIL, 2018).

Desta maneira, tem-se claro que o filho pode ser herdeiro de todos os seus pais dentro de sua composição familiar, independentemente se são dois homens e uma mulher; duas mulheres e um homem; três homens; ou três mulheres.

Como a lei brasileira não permite distinção entre filhos, nos casos em que for reconhecida a multiparentalidade, o filho sempre será herdeiro de seus pais, em igualdade de condições com os demais herdeiros, biológicos ou afetivos.

Araújo e Barbosa (2015) destacam que código civil de 1916 ainda era carregado de preconceitos e formalismos, permitindo, até o advento da ordem constitucional de 1988, diferença entre os filhos biológicos havidos na constância do casamento e aqueles havidos em relações extraoficiais.

O Código Civil de 2022, por sua vez, inadmite qualquer hipótese de distinção entre os filhos (BRASIL, 2002) e sua interpretação, à luz do tema 662 do STF já discutido, possibilita o reconhecimento de direitos idênticos a filhos biológicos e afetivos.

Tartuce (2019) vai além e explica que, igualmente, é possível que todos os pais sejam herdeiros do filho, em iguais proporções, nos casos assim permitidos pelo Direito Sucessório.

Nessa esteira, é possível depreender a possibilidade do reconhecimento de direitos sucessórios com toda a linhagem ascendente e colateral do filho afetivo – inclusive em relação aos avós.

Inclusive, entendemos que, naturalmente, os pais dos pais afetivos se tornam, por consequência óbvia, avôs do filho reconhecido, inclusive para todos os fins jurídicos possíveis, dentre eles, o sucessório.

5 | A QUEBRA DA AFETIVIDADE E OS INSTITUTOS DA INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio ressalva ao autor da herança a possibilidade de ver excluídos do rol de herdeiros, aqueles que pratiquem determinadas condutas que direta ou indiretamente o atinjam. Tal possibilidade consubstancia-se nos institutos da indignidade e da deserdação, disciplinados no Capítulo V do Título I do Livro V do Código Civil.

Dispõe o art. 1814 do Código Civil, acerca das hipóteses de indignidade:

> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
>
> I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
>
> II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
>
> III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.
>
> (BRASIL, 2002, art. 1.814).

Tais hipóteses de cabimento são aplicáveis também à deserdação, com acréscimos das disposições constantes nos art. 1962 do CC, quais sejam:" I - a ofensa física; II - a injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade" (BRASIL, 2002)

Ressalte-se que apesar de semelhantes em muitos aspectos, existem diferenças entre os institutos, principalmente por ser a indignidade aplicável a qualquer herdeiro (necessário ou legatário), enquanto a deserdação somente aos herdeiros necessários (FARIAS *et. al* 2017).

Trazemos à análise tais institutos pela evidenciação da importância do princípio da afetividade não só na conquista, mas também na possível perda de direitos, nesse caso, sucessórios.

Para GONÇALVES (2020), há uma razão de ordem ética na sucessão hereditária, qual seja, a afeição real ou presumida do *de cujus* ao herdeiro ou legatário, devendo esta despertar e manter neste o sentimento da gratidão ou, pelo menos, do acatamento e respeito a sua pessoa, vontades e disposições. Ressalta o autor que a prática de atos inequívocos de desapreço e menosprezo para com o autor da herança, e mesmo de atos reprováveis ou delituosos contra sua pessoa, implica a quebra dessa afetividade e torna indignos de obter os bens da herança, o herdeiro ou legatário. Destaque-se que há a possibilidade de reabilitação do herdeiro excluído, nos termos do art. 1818 do CC, devendo esta ser feita de maneira expressa em testamento em outro ato autêntico (BRASIL, 2002).

Ressalva, ainda, a lei, no parágrafo único do mencionado art. 1818 do CC, a possibilidade reabilitação tácita do indigno quando contemplado em testamento do ofendido, no caso de este, ao testar, já ter tido conhecimento da causa da indignidade, podendo, assim, suceder no limite da disposição (BRASIL, 2002).

Pelo exposto, a afetividade como princípio e valor constitutivo das relações familiares, uma vez violada, pode resultar na perda de direitos sucessórios daqueles que a infringiram.

Todavia, é possível a reabilitação do herdeiro excluído, visto que laços são passíveis de serem restaurados e por isso a afetividade e solidariedade característica das relações familiares, reconstituídas.

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo, pôde-se constatar que o afeto é um objeto jurídico dotado de subjetividade e que compõe como base essencial as relações familiares. O conceito de família, na contemporaneidade, não cabe mais em padrões pré-estabelecidos, devendo funcionar como um elemento centralizador para a dignidade humana.

A família contemporânea, baseada no afeto, pode ser composta de diferentes maneiras, com diferentes agentes, sendo a paternidade a maternidade assim consideradas aquelas que cumpram requisitos de proteção, guarda, sustento e afeto.

Como conclusão lógica, portanto, se a paternidade e a maternidade estão sendo encaradas sob este viés repleto de subjetividades, tem o direito sucessório corretamente se amoldado e esse novo contexto.

O afeto, então, é tão basilar às sucessórias, que sua quebra pode configurar indignidade e deserdação. Caminhos, portanto, a um direito sucessório que depende de relações afetivas básicas.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João. Reflexões sobre a multiparentalidade e a repercussão geral 622 do STF. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - Redes,** [S.L.], v. 5, n. 1, p. 269, 7 abr. 2017. Centro Universitario La Salle - UNILASALLE. http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.3670.

ARAÚJO, Neiva Cristina de; BARBOSA, Vanessa de Sousa Rocha Do direito sucessório ante à pluriparentalidade: o direito à herança dos pais biológico e afetivo. **civilistica.com**, v. 4, n. 2, p. 1-22, 21 dez. 2015. Acesso em: 04 fev. 2022.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (Brasil). **Em decisão atípica, socioafetividade é estendida aos netos.** 2017. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/6422. Acesso em: 04 fev. 2022.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Novos rumos da filiação à luz da Constituição da República e da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. **civilistica.com**, v. 10, n. 1, p. 1-26, 2 maio 2021. Disponível em: < https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/706>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. 2018. Conselho da Justiça Federal. Coord. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e Professor Roberto Rosas. VIII Jornada de Direito Civil. **Enunciado 632.** Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1162>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63, de 17 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Data de acesso: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Data de acesso: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009**. I Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11924.htm>. Data de acesso: 04 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132**. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Brasília, DF. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.060/SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622#>. Acesso em: 04 fev. 2022

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de et al. **Código Civil para concursos:** doutrina, jurisprudência e questões. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Flávia Roberta de Gusmão; CABRAL, Vera Lúcia da Silva. O reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade no registro civil brasileiro à luz dos princípios que regem o direito de família. **Revista Esmat,** [S.L.], v. 13, n. 21, p. 193-214, 20 out. 2021. Revista Esmat. http://dx.doi.org/10.34060/reesmat.v13i21.435.

PEREIRA, Jacqueline Lopes; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; OLIVEIRA, Ligia Ziggiotti de. A multiparentalidade e seus efeitos segundo três princípios fundamentais do direito de família. **Revista Quaestio Iuris,** [S.L.], v. 11, n. 2, p. 1268-1286, 20 abr. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2018.28886.

POZZOLI, Lafayette; TOLEDO, Iara Rodrigues de. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. **Problemata,** [S.L.], v. 8, n. 1, p. 178-190, 11 abr. 2017. Problemata: International Journal of Philosophy. http://dx.doi.org/10.7443/problemata.v8i1.27851.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CAPÍTULO 14

MACBETH: A INCAPACIDADE DA VIOLÊNCIA FÍSICA LEGITIMAR A AUTORIDADE JURÍDICO-POLÍTICA

Data de aceite: 01/04/2022

Mara Regina de Oliveira
Faculdade de Direito da PUC-SP
Faculdade de Direito da USP
http://lattes.cnpq.br/2230002368205014

RESUMO: Este artigo intenta fazer um estudo do tema da legitimidade jurídica a partir de um diálogo interdisciplinar entre a Filosofia do Direito e a peça shakespeariana Macbeth. Partimos de um estudo da relação existente entre a obediência jurídica e o poder do discurso persuasivo, que se vale de um exercício de violência simbólica. Veremos como o fato de Macbeth abusar da violência física e ter culpa moral pelo assassinato de Duncan impedem que ele institucionalize a sua condição de governante.
PALAVRAS-CHAVE: Violência, poder, autoridade, Shakespeare, legitimidade.

MACBETH: THE FAILURE OF PHYSICAL VIOLENCE TO LEGITIMATE THE LEGAL-POLITICAL AUTHORITY

ABSTRACT: This article aims to make a study of the theme of legal legitimacy from an interdisciplinary dialogue between the Philosophy of Law and the Shakespearean play Macbeth. We start from a study of the relationship between legal obedience and the power of persuasive discourse, which is used as an exercise of symbolic violence. We will study how Macbeth's abuse of physical violence and moral guilt for Duncan's murder prevent him from institutionalizing his status as ruler.
KEYWORDS: violence, power, authority, Shakespeare, legitimacy.

1 | INTRODUÇÃO

> Ele está aqui, por dupla confiança ao meu cuidado:
> Primeiro, sou seu súdito e parente –
> Ambos são contra o ato. E, hospedeiro,
> Devia interditar o assassino,
> E não tomar eu mesmo do punhal.
> (Macbeth, Ato II, cena 7).

O tema da legitimidade jurídico-política é um dos mais relevantes dentro da seara da Filosofia do Direito, por justificar o problema da obediência legal. Este estudo investiga, em uma perspectiva interdisciplinar, como o tema da legitimidade do poder jurídico, da violência e o aspecto político do homem perpassam pela obra de Shakespeare, evoluindo em complexidade, com o passar dos anos e com o seu amadurecimento político. Existe, nas narrativas shakespearianas, a percepção de que o abuso nesta relação, por parte dos governantes, pode provocar uma ruptura subversiva dos subordinados.

Nas peças inspiradas na história romana, nas peças históricas e em várias tragédias, há um aprofundamento do estudo crítico do tema do poder, descolado da visão medieval, em virtude delas não se vincularem, diretamente, a realidade inglesa da época, ainda calcada na ideia de direito divino. Macbeth espelha, de um ponto afetivo e racional, com excepcional

detalhamento didático, todas as etapas pragmáticas que geram a crise legitimidade político-jurídica, provocada pelo abuso humano, que faz da violência ilimitada um suporte frágil para a relação de poder, com a posterior ruptura da relação autoridade/sujeito. Não há a defesa de uma ideologia específica, mas a indicação de elementos pragmáticos básicos do poder, que afetam todas as diferentes vertentes políticas, sem exceção.

A legitimidade, pela ótica shakespeariana, não estaria apenas fundada em elementos religiosos, nem na regularidade do procedimento de instituição do poder, mas, também, em sua fruição interativa. Nosso estudo objetiva tornar evidente que, na tragédia Macbeth, uma nova visão interativa do poder está presente e uma ideia de legitimidade é sustentada pelo equilíbrio da ação entre governantes e governados, e não apenas pela visão teológica unilateral dominante nos cenários oficiais da época.

Nossa metodologia de análise será baseada no diálogo interdisciplinar que relacionará teorias jurídico-críticas à análise da tragédia Macbeth. O estudo interdisciplinar, que relaciona direito e arte, está presente na seara do enfoque teórico zetético jurídico, como forma profícua da expansão da pesquisa jurídica. Ele não se reduz a uma mera justaposição de discursos, pois indica a formação de um novo diálogo crítico que mescla elementos da linguagem teórica e da linguagem artística. Ao contrário dos estudos teóricos dogmáticos e práticos, esta forma de reflexão não se ocupa das questões ligadas a decidibilidade de conflitos. Em caráter distinto, está vinculado com a ampliação crítica dos conhecimentos em torno do fenômeno jurídico, focando questões sociais, políticas, filosóficas e estéticas. No entanto, estes enfoques acabam se relacionando, na medida em que não é possível desenvolver uma hermenêutica dogmática prática, sem que haja uma visão do conhecimento de toda a complexidade que cerca o fenômeno jurídico. Daí a necessidade de valorizarmos um estudo interdisciplinar e crítico no seu campo temático.

Em nossa análise detalhada de Macbeth, associada a uma teoria pragmática do poder, evidenciaremos como a violência física exacerbada não pode sustentar a legitimidade da obediência jurídico-política. A obediência depende do controle da seletividade da ação do sujeito, que indica a relação de poder e se vale do exercício da violência simbólica e não da violência física ilimitada. O atormentado rei Macbeth não consegue institucionalizar a sua condição de governante - autoridade meta-complementar, já que, após assassinar o rei Duncan, torna-se incapaz de exercer a violência simbólica, que deveria dissimular suas intenções sangrentas. Acaba por expô-las de forma abusiva, gerando uma mortal crise de legitimidade jurídico-política. Antes de entrar na análise da obra, iremos abordar alguns aspectos centrais da visão pragmática da legitimidade jurídico-política. Este artigo amplia as análises interdisciplinares feitas em quatro peças no livro de nossa autoria intitulado *Shakespeare e o Direito*. (OLIVEIRA, 2015, 151p.).

2 I ABUSO DE PODER E DESAFIO À AUTORIDADE DA LEI

Em um breve esclarecimento teórico, do ponto de vista pragmático, observamos que as normas jurídicas são discursos que instituem relações autoridade/sujeito, localizadas no campo da interação comunicativa, dependente de uma institucionalização a nível social da própria relação de autoridade, que deve neutralizar o dissenso e as possíveis reações sociais contrárias. É neste ponto que podemos identificar, com clareza, a relação existente entre direito, poder e comunicação, na medida em que a relação de autoridade não preexiste à própria interação, pois ela se constitui propriamente durante o processo interativo. Ela não existe a partir de uma pretensão do editor normativo de impor uma relação complementar de superioridade, mas na medida em que o sujeito também estiver disposto a se colocar nesta condição subalterna. O poder não está unicamente nas mãos da autoridade, não é uma *coisa* que ela tem, portanto. Ele atravessa e ao mesmo constitui a própria relação autoridade/sujeito. (FERRAZ JR., 1978, p. 109).

Neste sentido, vemos que tanto o relato como o cometimento das mensagens normativas implicam em relações de poder, entendidas como controle de seletividade do editor normativo em relação aos endereçados sociais. A complementaridade do editor normativo é garantida pela institucionalização do controle da seletividade das reações dos endereçados sociais que identificam as normas estatais como sendo juridicamente válidas em detrimento das demais. Por isso, é extremamente importante que ele leve em conta as reações dos chamados endereçados sociais, que podem *confirmar*, *rejeitar* ou *desconfirmar* a mensagem normativa. Tanto a confirmação (licitude) como a rejeição (ilicitude) reconhecem o cometimento meta-complementar da norma jurídica. (FERRAZ JR., 1978, p.109).

No entanto, a constante possibilidade de haver reações desconfirmadoras torna inevitável o confronto entre direito e poder, visto que ela constitui uma situação-limite em que os endereçados sociais deixam de reconhecer a relação complementar estabelecida no cometimento das normas jurídicas, não mais assumindo a condição de sujeitos da relação. Nesta situação, os endereçados sociais eliminam o controle de seletividade que o editor normativo tenta realizar. Este tem uma expectativa predeterminada de que a relação de autoridade, que ele estabelece, seja vista como uma estrutura de motivação da seletividade do endereçado que, de fato, passa a possuir duas alternativas apenas: confirmar ou rejeitar a mensagem. No entanto, aquele que desconfirma a norma desilude totalmente esta expectativa, pois age como se a autoridade, e os atos de coação que ela determina, não existissem, como estratégia de desafio ao aspecto cometimento de suas normas. O conteúdo das normas jurídicas e a relação complementar que elas estabelecem deixam de influenciar as opções e deixam de ser uma estrutura de motivação para a seletividade dos endereçados, que não mais veem a possibilidade de aplicar sanções como uma alternativa a evitar.(OLIVEIRA, 2006, p. 104).

Aquele que desconfirma uma mensagem normativa não mais se sente obrigado a se submeter à autoridade porque não a reconhece como tal, na medida em que ele próprio não mais se assume como sujeito da relação. Neste sentido, ela faz com que o editor perca, pelo menos momentaneamente, o seu controle sobre os endereçados. Se for bem sucedida, ela pode criar uma nova relação de poder, paralela à primeira, em que o sujeito receptor das mensagens normativas estatais, passa a ser autoridade emissora de novas mensagens normativas. Assim, ela deve ser neutralizada pela autoridade que, a todo custo, tentará se imunizar contra ela, ao *desconfirmar a reação desconfirmadora*, transformando-a em uma simples *rejeição*, que pode ser enquadrada como comportamento ilícito, que pode ser por ela controlado. (OLIVEIRA, 2006, p. 120 a 122).

As reações desconfirmadoras surgem no momento em que a legitimidade da relação de poder está enfraquecida. A legitimidade está ligada, justamente, à imposição de certas significações e ao desconhecimento, por parte dos endereçados sociais, das relações de força entre grupos que compõem a sociedade, que constituem a chamada violência simbólica. O poder será considerado legítimo enquanto o seu exercício de violência simbólica for dissimulado e desconhecido pelos endereçados sociais, de modo que ele possa influenciar comportamentos através de sua liderança, reputação e autoridade, que devem se combinar de forma congruente. Uma vez que o arbítrio social, em torno das relações de força, torna-se evidente, a legitimidade fica comprometida. Nas palavras do autor "*esta seleção básica é arbitrária, porque a sua função e estrutura não podem ser deduzidas de nenhum princípio universal, mas dependem da complexidade social e não da natureza das coisas ou da natureza humana*". (FERRAZ Jr., 2002, p. 56).

A influência por autoridade é necessária para a constituição do esquematismo jurídico/antijurídico, se impõe de modo contrafático e se generaliza apesar da passagem do tempo. Embora haja desilusão da expectativa, o sujeito ainda a mantém, possibilitando a *jurisfação do poder*. Ela sempre dissimula as relações de força, que estão em sua base, agregando sua própria força simbólica às mesmas relações, através de normas que passam a regular o uso da força. Neste sentido, vimos que a autoridade meta-complementar só reconhece a confirmação e a rejeição de suas mensagens. Já a influência por reputação atua mais diretamente no relato das normas, pois neutraliza os conteúdos normativos e possibilita sua assimilação acrítica pelos sujeitos, em termos de valores ideológicos. Por fim, a influência através da liderança neutraliza as diferenças entre a autoridade e os sujeitos, manipulando a escassez de consenso e institucionalizando a relação meta-complementar normativa. Aqui ganham relevo todos os procedimentos institucionais legislativos, executivos e judiciais, bem como mecanismos midiáticos de propaganda. Na prática, estas três generalizações devem se combinar a fim de se fortalecerem, mutuamente, mas, em situações disfuncionais, elas perdem o seu caráter dissimulador.

A legitimidade do poder pode ser enfraquecida em situações comunicativas normativas defeituosas onde ocorrem abusos na comunicação por parte do editor

normativo, em que ele elimina a própria possibilidade de seleção do sujeito, ou seja, nas situações em que ele *coage* pelo sujeito, de certa forma o eliminando enquanto tal. Neste caso, a percepção da injustiça e a possível *revogação* da autoridade podem ocorrer. Abre-se espaço para o emergir de reações desconfirmadoras. Um exemplo de comunicação abusiva ocorre quando a própria autoridade usa a violência de forma desconfirmadora e generalizada, e não como uma alternativa a evitar, ou seja, como parte integrante do controle da seletividade dos agentes sociais. É o que veremos a seguir na análise da peça Macbeth.

3 I O USO ABUSIVO DA VIOLÊNCIA EM MACBETH E A DESTRUIÇÃO DA LEGITIMIDADE PRAGMÁTICA

Para desenvolver o nosso estudo, nos pautamos pela análise detalhada do texto da peça e também pela leitura fílmica feita por Orson Welles em 1948, que dirige e atua no papel do protagonista, com excepcional brilhantismo, para expor a complexidade moral de Macbeth, calcada na ambivalência trágica entre ambição pelo poder de se tornar rei e a consciência da prática do mal moral e dos crimes assumidos em nome deste desejo. Nesta grande tragédia **mística**, entre 1605 e 1607, temos uma complexa composição de elementos interativos que possibilitam a leitura pragmática-jurídica do poder, bem como uma rica discussão sobre o mal interior que impulsiona as práticas criminosas externas. Nas palavras de Bárbara Heliodora, *acompanhamos a terrível trajetória de um homem cheio de qualidades, bom súdito e melhor general, que a certa altura é dominado pela ambição*. (HELIODORA, 1978, p.669).

A peça se inicia no meio da charneca escura, como uma espécie de prólogo do ambiente maligno que será dominante no cenário da tragédia. Três bruxas irmãs anunciam a chegada de Macbeth, um bravo general do exército do Rei da Escócia governada, com legitimidade pragmática fortalecida, pelo rei Duncan. A escuridão indica, em termos simbólicos, a presença sombria do mal que se comunica com Macbeth e com seu também valoroso colega de exército Banquo. As falas lacônicas e extremamente vagas das bruxas apresentam-se como um tipo de profecia do futuro. (SHAKESPEARE, 2006, p.719).

Primeira Bruxa

Macbeth; oh salve, Barão de Glamis!

Segunda Bruxa

Salve Macbeth, oh salve Barão de Cawdor!

Terceira Bruxa

Salve Macbeth; que um dia há de ser rei!

Banquo fica surpreso com a aparente fortuna de Macbeth, indaga sobre o seu futuro e recebe outras três previsões lacônicas e abertas a ele dirigidas.

Primeira Bruxa

Menor, porem maior, do que Macbeth!

Segunda Bruxa

Menos feliz, no entanto, mais feliz!

Terceira Bruxa

Não será rei, mas pai de reis!

Salve, então, Macbeth e Banquo!

Macbeth demonstra ter sido bem afetado pelas falas, mas, incialmente, as vê com descrédito, pois não cogita a possibilidade de obter esta promoção já que o barão de Cawdor vive com prosperidade. No entanto, de forma inesperada, como a chagada do nobre Rosse, recebe a informação de que o Barão de Cawdor cometeu um crime de traição e foi condenado a morte. Rosse anuncia que o título deve pertencer a Macbeth, anteriormente nomeado Barão de Glamis. (SHAKESPEARE, 2006, p.718).

É neste exato momento que as lacônicas e vagas palavras das bruxas capturam a mente e despertam, de forma impactante, a ambição pelo poder de ser rei em Macbeth. De fato, é esta ambição que influencia a interpretação tão literal e, de certo modo, simplista das profecias. Ele foi promovido a Barão de Cawdor sem que precisasse agir. E para ser rei, deverá agir? A escrita da carta dirigida a Lady Macbeth, aparentemente apenas informativa, será o ponto de partida de suas ações pragmáticas que evidenciarão o quanto a seletividade das ações de nosso protagonista será controlada pela interpretação ambiciosa fala das bruxas. Diz a carta:

> *Encontraram-me no dia do triunfo e soube, pelas mais seguras fontes, que tem conhecimento acima dos mortais. Quando queimava de desejo de interrogá-las mais um pouco, transformaram-se em ar, no qual desvaneceram. Enquanto fiquei transido de espanto, chegaram missivas do rei que me saudaram como Barão de Cawdor, por cujo título essas estranhas irmãs me haviam chamado, referindo-se a um tempo ainda por vir com "Salve quem vai ser rei!" Tudo isso julguei por bem comunicar a ti, minha adorada parceira de grandeza, para que não percas os dividendos de regozijo, ficando na ignorância da grandeza que lhe é prometida. Guarda-o no coração e que tudo vá bem.* (SHAKESPEARE, 2006, p.717-718).

Lady Macbeth, também envolta pela forte ambição do poder, tem suas ações ainda mais controladas pela carta do marido, pois decide ir além da espera passiva da realização da profecia, já que sua realização dependeria da morte natural de Duncan. Decide tomar o que chama de *atalho*, assumindo, para nós espectadores, um plano de persuadir o marido, em um claro exercício de poder linguístico, a tirar a vida do rei. Eles formam um casal muito amoroso e ardente do ponto de vista sexual. Embora compartilhem a ambição, Macbeth é visto como bondoso demais por ela (SHAKESPEARE, 2006, p.718).

Lady Macbeth

Já é Glamis e Cawdor, e serás

O resto, mas temo-te a natureza:

Sobra-lhe o leite da bondade humana

Para tomar o atalho. Sonhas alto,

Não lhe falta ambição, porem privada.

Do mal que há nela, tens os mais altos sonhos

Tem de ser puros, teme o ser falso,

Mas não o falso lucro. Tu precisas

Quem diga: 'Glamis, faz se é o que queres;

Se não fazes mais por medo

Do que por desejar não ser feito."

Vem para que eu jorre brio em seus ouvidos

E destrua com a bravura desta língua

O que te afasta do anel de ouro

Com que o destino e a forma metafísica

Te querem coroar.

Sabendo que Macbeth está chegando e que o rei também passará uma noite no castelo, ela busca persuadir a si própria a se unir a energias do mal, na mórbida fala. Ela busca encontrar uma espécie de mal absoluto dentro de si para realizar a suas ambições de poder. (SHAKESPEARE, 2006,719).

Lady Macbeth

É rouco o próprio corvo

Que anuncia a fatídica chegada

Do rei a minha casa. Vinde espíritos

Das ideias mortais; tirai-me o sexo:

Inundai-me, dos pés até a coroa,

De vil crueldade. Dai-me o sangue grosso

Que impede e corta o remorso;

Não me visitem culpas naturais

Para abalar meu sórdido propósito,

Ou me fazer pensar nas consequências;

Tornai, neste meu seio de mulher,

Meu leite em fel, espíritos mortíferos

Vossa substância cega, onde entrar,

Espreita e serve o mal.

Macbeth chega e chama sua esposa de *meu amor.* Ela ressalta a felicidade da carta enviada e, também, em grande contraponto emotivo, o seu plano mortal de tirar a vida do rei, naquela mesma noite. Usando recursos discursivos ligados a um exercício de violência simbólica, ela dissimula, perante outros, o plano mortal de desconfirmação de sua autoridade, simulando uma falsa confirmação leal como súdita. Lady Macbeth destaca a necessidade de o marido desenvolver a mesma dissimulação discursiva ((SHAKESPEARE, 2006, p. 719).

Lady Macbeth

Mas jamais verá o sol amanhã.

Teu rosto, Thane, é um livro onde os homens

Podem ler suspeições; para enganá-los

Use aspecto enganoso, e boas-vindas

Brilhem-te nos olhos, mãos e língua.

Se a inocente flor que nutre a víbora.

Macbeth é ambicioso, mas seu senso moral é ambivalente e complexo. Hesita em praticar o ato mortal, ressaltando que a legitimidade meta-complementar do rei era calcada na sua bondade generosa, que caracterizava autoridade, liderança e reputação. Sua esposa insiste em assumir a confirmação moral da necessidade do assassinato e da crueldade total. O marido argumenta, confirmando a sua condição de súdito e hospedeiro, que deveria proteger seu governante. Ressalta que acabou de ser honrado com a promoção e pensa na possibilidade de o plano falhar. Observamos sua dificuldade em assumir a ação desconfirmadora tão bem construída na perspectiva da esposa, que chega a comparar o suposto enfraquecimento de sua ambição e de sua coragem com a sua masculinidade. (SHAKESPEARE, 2006, p. 722 a p.724).

Macbeth

Ele está aqui por dupla confiança e sob o meu cuidado

Primeiro, sou seu súdito e parente

Duas razões contra o ato. Como hospedeiro,

Devia interditar o assassino.

E não tomar eu mesmo do punhal.

Duncan, além do mais, tem ostentado

Seu poder com humildade e vivido

Tão puro no alto posto, que seus dotes

Soarão, qual trombeta angelical,

Contra o pecado que o destruirá.

Macbeth

Não vou levar avante este negócio.

Ele acabou de me honrar: e eu o conquistei

O ouro do respeito desta gente;

Devo agora ostentá-lo em seu brilho.

E não descartá-lo assim.

Lady Macbeth

Estava bêbada a ambição que vestias? E Dormiu?

E acorda para olhar pálida e verde

Pro que, livre, pensará? Doravante

Julgo assim o teu amor. Tens tanto medo

De seres, com teus atos e coragem, igual aos teus desejos?

Tu tremes. Eu já amamentei,

E sei o quanto é doce o sugar do neném;

Mas poderia, enquanto me sorria,

Roubar-lhe o seio da gengiva mole

E arrebentar-lhe o cérebro, se houvesse

Jurado que o faria.

O discurso persuasivo de Lady Macbeth, que manipula a afirmação de seu amor e de sua sexualidade masculina, consegue controlar a seletividade das ações do marido. Mesmo antevendo alguma possibilidade de falha, ele é persuadido e adere a conspiração mortal. A ambição despertada pela profecia das bruxas dá a esposa uma certeza absoluta de sucesso ingênuo, que não leva em conta as incertezas da linguagem. Apesar do ato ter um sentido pragmático de desobediência subversiva desconfirmadora da autoridade de real de Duncan, a autoria deve ser dissimulada e reconstruída como rejeição ilícita para incriminar terceiros. Lady Macbeth planeja uma ressignificação discursiva da cena de morte para que adquira um sentido de rejeição criminosa praticada pelos próprios camareiros do rei. De forma inteligente, mais uma vez, Shakespeare observa a diferença que pode haver entre o fato em si ocorrido e aquilo que juridicamente é reconstruído em termos oficiais. Também indica a distinção entre a desobediência criminosa (rejeição pragmática) e desobediência subversiva (desconfirmação pragmática). (SHAKESPEARE, 2006, p. 723 e 724).

Lady Macbeth

Que monstro, então levou-te a sugerir-me tal empresa?

Quando ousaste é que foste homem

Macbeth

E se falharmos?

Lady Macbeth

Falharmos? Com a coragem retesada

Nos falharemos. Quando o rei dormir

Ao que dura a viagem neste dia

Há de chamá-lo seus dois camareiros

Hei de embalar com tanta e tal bebida

Que a guardiã do cérebro a memória,

Fará com seus vapores, da razão

Mero alambique charfundando em sono,

Tão encharcados que pareçam mortos

O que não podemos perpetrar

Com um Duncan desguardado? Ou imputar

A tais esponjas, que arcarão com a culpa

Do nosso crime?

Macbeth

Estou pronto, e cada nervo,

Será um tenso agente desse horror.

Vamos; mostrando o ar sereno e são,

O rosto esconde o falso coração

Quando Macbeth retorna dos aposentos do rei, traz em suas mãos dois punhais ensanguentados, afirmando que é uma triste visão. Sua reação é a de assumir, do ponto de vista moral e jurídico, a rejeição criminosa se seus atos, ele não consegue, nos termos apresentados por sua esposa, considerar seu ato uma desobediência subversiva desconfirmadora. Sua ambição de ser rei passa a conviver com a ambivalente aceitação do sentido criminoso de seus atos, do ponto de vista moral e jurídico. Esta cena parece antecipar todo o tormento moral que o acompanhará posteriormente. Uma voz misteriosa que parece ser de sua consciência alerta que ele não mais dormirá. Lady Macbeth, ainda tomada pela assertividade da certeza do sucesso da conspiração, destaca que ele precisa se livrar das provas dos punhais e das mãos sangrentas, mas seu marido diz não conseguir olhar para o que fez. A esposa não parece demostrar sinal algum de culpa e toma a iniciativa de devolver os punhais e reconstruir a cena do crime, apontando os guardas como sendo os autores do ato violento. (SHAKESPEARE, 2006, p. 730).

Lady Macbeth

Assim doentes? Pega um pouco d´água

E lava as provas destas mãos sangrentas.

Por que trouxeste de lá os punhais?

Precisam ficar lá. Volta e besunta

Com o sangue dos dois que dormem.

Macbeth

Nunca mais.

Eu temo quando penso no que foz;

Não posso mais olhá-lo.

Lady Macbeth

Que fraqueza!

Dá-me os punhais. Os que dormem e os mortos

São só quadros. Só que é criança

Vê o que temer em diabo pintado.

Se ele sangrar, pintarei os dois guardas

Pra mostrar a sua culpa

Macduff e Lenox batem à porta, logo cedo pela manhã, informando que o rei pediu para ser acordado cedo. Macbeth e sua esposa vestem trajes de dormir para dissimular a longa noite em que permaneceram acordados. Macduff acha o corpo do rei, dá, aos berros, um alerta público dramático de traição. Macbeth mata os guardas, já afirmando que o tormentoso exercício da violência física vai ser reproduzido sem limites. Parece ter sido bem persuadido por sua esposa, além do que ela mesma esperava. Justifica seu ato através de um exercício de violência simbólica, reafirmado que, por amor ao rei, não conseguiu se conter, ao ver os guardas sujos de sangue e com os punhais sujos, ainda em suas camas. (SHAKESPEARE, 2006, p.736).

Os filhos do rei, Malcolm e Donalbain, herdeiros diretos do rei, fogem para a Inglaterra e Irlanda, temendo por sua vida. Macduff suspeita, de forma equivocada, de que os guardas forma pagos por eles, por ambição. Decidem que o soberano deve ser Macbeth, que, já na condição de rei, endossa, como exercício da violência simbólica, a conveniente tese do parricídio. (SHAKESPEARE, 2006, p.742).

Na posição de rei, ele transparece ainda mais o seu tormento moral diante do ato praticado contra Duncan, ao mesmo tempo em que sua ambição pelo poder aumenta. Seu lado irracional *homo demens*, no sentido pensado por Edgar Morin, transparece. Ainda que exiba uma consciência embriagada pela culpa, de forma ambivalente, parece assumir a violência física como estratégia de poder total. Tenta dissimular a autoria, mas comete novos atos de rejeição criminosa violenta dissimulada. Macbeth teme a nobre natureza da Banquo, receia ser morto por ele ao recordar da profecia de que seus filhos seriam reis e decide encomendar a sua morte e do seu filho Fleance, que consegue escapar da morte. Ele assume, finalmente, o polo ativo nesta relação de poder/violência.

No primeiro banquete real, ela chama a atenção de Lady Macbeth, ainda dominada pela racionalidade aparente, pelo seu estado de embriaguez não só físico, mas também moral, que ressalta todo o seu desconforto e sua culpa ainda presentes diante da assunção desta posição ativa no comando dos atos de violência. Na festa, Macbeth vê o fantasma de Banquo e de Duncan, entra em desespero e encerra a cerimônia. Macduff não foi a festa, o novo rei é informado que ele foi a Inglaterra encontrar os filhos de Duncan. (SHAKESPEARE, 2006, p. 743).

Macbeth não consegue institucionalizar a sua autoridade meta-complementar, principalmente, em termos de liderança e reputação, sente-se fraco como rei. Teme que que terceiros desconfirmem a sua autoridade porque a consideram injusta. Vai ao encontro das bruxas, mais uma vez, para aplacar seu desespero e a sua angústia. Elas profetizam três máximas, que, em uma leitura superficial, acalmam o rei. Indicariam a perda de poder de Macbeth a realização de ações impossíveis de acordo com as leis naturais. (SHAKESPEARE, 2006, p. 764 e p. 765).

> **Primeira aparição**
>
> *Macbeth! Cuidado com Macduff!*
>
> **Segunda aparição**
>
> *Sê ousado, sangrento e resoluto;*
>
> *Ri dos homens, pois ninguém parido*
>
> *Por uma mulher fere Macbeth*
>
> **Terceira aparição**
>
> *Macbeth jamais será vencido enquanto*
>
> *A floresta de Birnam não se elevar contra ele em Dunsinane.*

Novas frases lacônicas são pronunciadas e Macbeth não consegue perceber, mais uma vez, o fenômeno interpretativo da linguagem profética. Deixando que um suposto sentido literal, ajustado as suas ambições, controle as suas ações, sente- se fortalecido, pois as profecias indicam uma impossibilidade real dele sofrer uma deposição, pois ela só ocorreria diante de situações impossíveis de acontecer pelas leis naturais. Decide tomar o castelo de Fife, matando os filhos e esposa de Macduff, que confirmavam a sua autoridade real. É neste momento que o exercício de sua violência física e não simbólica se torna explícito e abusivo, destruindo sua autoridade, sua liderança e sua reputação, abrindo as portas para a reação subversiva. Quando Macduff é informado das trágicas mortes, decide liderar, com a ajuda de mil soldados ingleses, um ato de desconfirmação mortal das desconfirmações abusivas praticadas por Macbeth, qualificando suas ações como sendo rejeições criminosas e seu governo como tirânico.

Depois das mortes abusivas do castelo de Fife, tomamos ciência de que a própria Lady Macbeth alcança um estado de culpa e de tormento moral, ainda mais radical do que

a de seu esposo, quando percebe a presença da violência física sem limites no governo. Ela não consegue limpar o sangue de suas mãos, em uma interessante menção simbólica. Acaba cometendo o suicídio. Faz menção as mortes do Barão de Fife. (SHAKESPEARE, 2006, p.784).

Dez mil soldados ingleses se aproximam disfarçados com galhos de floresta de Birnam, que parece caminhar para o castelo de Macbeth. Por derradeiro, cara a com Macduff, toma ciência de que ele não teve um nascimento espontâneo, pois foi arrancado de sua mãe fora do tempo. Macbeth, finalmente, percebe o caráter metafórico e não literal das segundas profecias, que não se referiam a um ato da natureza, mas a ações humanas articuladas, que transformam aquilo que é tido como natural. Ele assume a consciência de que as bruxas manipularam as ações dele e de sua esposa, em termos destrutivos. A manipulação levou em conta a presença de aspectos malignos do casal. Mas ele decide lutar pelo poder até o fim, até que Macduff consegue desconfirmar a sua autoridade em termos mortais, exibindo a sua cabeça e destruindo a sua frágil autoridade meta-complementar, caracterizando a sua posição como sendo a de usurpador criminoso. Neste momento, Malcolm, herdeiro legítimo de Duncan, assume a posição legal de rei (SHAKESPEARE, 2006, p. 797 e 798).

Macbeth

Maldita língua que me conta isso,

Pois me acuou e me fez menos homem.

Não creia mais ninguém e falsas bruxas

Que nos enganam com duplos sentidos

Cada palavra é dada ao nosso ouvido,

Mas traída se agimos com esperança

Não combato contigo

Macduff

Então covarde

Entrega-te para seres exposto ao tempo:

Pois tu, igual aos monstros que são raros,

Serás pintado do alto de uma lança

Escrito embaixo: “Tirano”

Macbeth

Não me entrego!

Não beijarei o chão dos pés de Malcolm,

Não ouvirei insultos da ralé

Mesmo com Birnam vindo a Dunsinane,

E tu meu inimigo não parido,

Comando até o fim. Vem cá, Macduff.

4 I CONCLUSÕES

A leitura interdisciplinar da peça Macbeth evidencia a presença de uma visão interativa da relação de mando obediência projetada em ambiente histórico onde se pressupunha, no plano formal, uma concepção unilateral do poder. Também observamos como a temática do poder, relacionado aos discursos, será a base desta tragédia, já presente na primeira profecia das bruxas. A fala mágica desperta a ambição de Macbeth em ser rei e favorece a interpretação literal, desconectada de um todo linguístico mais abrangente. Lady Macbeth é fortemente persuadida pelas palavras das bruxas, de forma indireta, narradas por seu marido, passando a procurar dentro dela o mal absoluto, como condição moral para a prática do assassinato de Duncan e estende esta persuasão ao seu marido. Somente no final da peça, veremos que este mal moral absoluto não consegue persistir no espírito de Lady Macbeth, já que as lavagens simbólicas das mãos e o suicídio caracterizam o seu tormento em ver a cadeia de atos sangrentos que a sua ambição gerou.

Macbeth não consegue encontrar o mal total dentro de si, mas, mesmo assim, tem a seletividade de suas ações controladas pela esposa. No entanto, sua ambivalência moral cresce até que a prática do ato mortal se confirma e que a reconstrução da autoria é estendida, de forma abusiva, aos camareiros e aos filhos do rei. Ele tem a consciência de que Duncan tem o seu bondoso governo confirmado em termos interativos e de que ele mesmo foi favorecido com uma promoção a posição de Barão de Cawdor, recentemente. Há uma complexa, cinzenta e ambígua consciência moral em Macbeth que o impede de assumir o ato mortal praticado como um genuíno ato de desconfirmação subversiva da autoridade legal. Mas, depois da morte de Duncan e de sua coroação, seu tormento moral não desaparece, mas, ao mesmo tempo, motivado por sua ambição, ele não consegue mais conceber a perda da condição de rei e passa a sentir ameaçado. Nosso protagonista parece não reconhecer a sua própria legitimidade pragmática.

Nesta complexa trama de emoções irracionais, que passam a ser dominantes na mente de Macbeth, o uso da violência física, no lugar da chamada violência simbólica, irá se mostrar abusiva e desconfirmadora da própria condição de sua realeza. A morte abusiva da família de Macduff, obediente a autoridade de Macbeth, impulsiona a ação coletiva desconfirmadora de Macduff, que transforma os atos de Macbeth em rejeição criminosa, confirmando a nova autoridade real de Malcolm. A morte de Duncan passa a ter um sentido de uma rejeição ilícita e a ação de Macbeth como usurpação criminosa. Pela segunda vez, uma leitura interpretativa ingênua das profecias, e a não percepção do seu caráter metafórico, irão levar nosso protagonista ao encontro trágico com a morte, vista como um modelo de justiça vertical informal, que retribui o mal com a prática do mal. Por certo,

observamos a trágica percepção de que a violência física por si só é incapaz de legitimar o poder político-jurídico. Shakespeare usa o misticismo como recurso narrativo, mas a sua leitura política é humana, por excelência. O misticismo das profecias aponta para uma visão unilateral de poder, mas o seu papel é apenas o de despertar a ambição e instigar as ações pragmáticas de nosso protagonista, que fracassam no plano da realidade interativa. Macbeth, e não as bruxas, seria o responsável por sua ruína humana, moral e política.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Crises da República***.* São Paulo: Perspectiva, 1973.

BATE, Jonathan. **The Genius of Shakespeare***.* London, Picador, 1997.

BLOOM, Harold. **The invention of the human**. New York: Riverhead Books, 1999.

CANETTI, Elias. **Massa e poder***,* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito.** *S*ão Paulo: Atlas, 1980.

_______*.* **Teoria da norma jurídica: Ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_______. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de plumo: transformação social e teoria política em Shakespeare.** São Paulo: Almedina, 2011.

HARRISON, G. B. **Introducing Shakespeare**. Harmondsworth: Penguin Books, 1962.

HELIODORA, Bárbara. **A expressão dramática do homem político em Shakespeare.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

_________. **Falando de Shakespeare.** São Paulo: Ed. Perspectiva, 2001.

________. **O homem político em Shakespeare**. Rio de Janeiro: Editora Agir, 2005.

________. **Por que ler Shakespeare?** São Paulo: Globo, 2008.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito***.* Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

LEBRAN, Gerard. **O que é poder?** São Paulo: Brasiliense, 1988

LUHMANN, Niklas. **Poder.** Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

OLIVEIRA, Mara Regina de. **Shakespeare e o Direito.** São Paulo: Editora Gen, 2015.

MORIN, Edgard. **A cabeça bem feita, repensar a reforma, repensar o pensamento***.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

SHAKESPARE, William. **Macbeth.** In **Tragédias e comédias sombrias: as obras completas**; tradução Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 2006.

CAPÍTULO 15

EDUCAÇÃO INFANTIL: RANÇOS, AVANÇOS E VICISSITUDES DA FORMAÇÃO DOCENTE

Data de aceite: 01/04/2022

Haydéa Maria Marino de Sant'Anna Reis
Professora Adjunta. Doutora do Programa de Pós-Graduação em Humanidades Culturas e Artes – (PPHCA) UNIGRANRIO/ Duque de Caxias – RJ
http://lattes.cnpq.br/2108290075901523

Márcia Vales Ferreira
Doutoranda em Humanidades, Culturas e Artes – (PPGHCA) UNIGRANRIO/ Duque de Caxias – RJ
http://lattes.cnpq.br/5471034212997239

Patrícia Rodrigues Rocha
Doutoranda em Humanidades, Culturas e Artes – (PPGHCA) UNIGRNARIO Duque de Caxias – RJ
http://lattes.cnpq.br/8976642283742439

RESUMO: Este artigo apresenta o início de duas pesquisas em articulação que buscam contribuir com um trilhar mais inclusivo, abarcando professores e alunos na tenra idade de redes públicas da classe popular de modo a endossar uma prática colaborativa aos alunos especiais, preferencialmente no sistema regular de ensino. Este trabalho objetiva refletir sobre a importância de práticas cooperativas, visto a ocorrência e o direito das crianças inclusas nas redes de ensino públicas e privadas. Utilizamos como abordagem metodológica a pesquisa bibliográfica e os resultados preliminares apontam a formação dos professores como objeto de estudo pelos pesquisadores da educação, visando a otimização das suas ações em prol de docentes mais conscientes e eficazes no ensino, especialmente de crianças pequenas com e sem deficiência. Dessa forma, poderemos superar os ranços e conseguir avanços e vicissitudes na educação infantil.

PALAVRAS-CHAVE: Formação docente; educação infantil; prática colaborativa.

CHILD EDUCATION: RANCES, ADVANCES AND VICISSITUDES OF TEACHER EDUCATION

ABSTRACT: This article presents the beginning of two joint researches that seek to contribute to a more inclusive path, covering teachers and students at an early age from public networks of the popular class in order to endorse a collaborative practice for special students, preferably in the regular education system. This work aims to reflect on the importance of cooperative practices, given the occurrence and rights of children included in public and private education systems. We used bibliographic research as a methodological approach and the preliminary results point to teacher training as an object of study by education researchers, aiming at optimizing their actions in favor of more aware and effective teachers in teaching, especially for young children with and without disabilities. In this way, we will be able to overcome the rancidity and achieve advances and vicissitudes in early childhood education.

KEYWORDS: Teacher training; child education; collaborative practice.

1 I INTRODUÇÃO

O conteúdo deste artigo corresponde a um trabalho apresentado no 10.º Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades (CONINTER), em 2021. Neste evento são reunidos estudos de diversas temáticas, onde aqui, enquanto pesquisadoras, apresentamos o entrelaçar de duas pesquisas de tese em fase inicial, corroborando em favor de práticas pedagógicas inclusivas para crianças da mais tenra idade, em especial pertencentes à classe popular da Baixada Fluminense/RJ.

O âmbito escolar necessita de pesquisas que endossem a interdisciplinaridade numa perspectiva inclusiva e de respeito às diferenças. Nesta direção, considerar as pesquisas Ranços, Avanços e Vicissitudes na Educação Infantil e O processo da formação docente: do estudo ao protagonismo profissional são fundamentais para propiciar reflexões e arcabouços teórico-metodológicos para a cientificidade acadêmica a favor da contribuição à produção de novos cenários educacionais. Sob essa égide, este artigo apresenta o início de duas pesquisas de tese que suscitam contribuir com um trilhar mais inclusivo, abarcando professores e alunos na tenra idade de redes públicas da classe popular, e paralelamente endossar uma prática colaborativa aos alunos especiais, preferencialmente no sistema regular de ensino. Acreditamos que dessa forma poderemos superar os ranços e conseguir avanços e vicissitudes na educação infantil.

Este trabalho objetiva refletir sobre a importância de práticas cooperativas, visto a ocorrência e o direito das crianças inclusas nas redes de ensino públicas e privadas. Acentuamos a cooperação como ação assertiva no ensino para que o aluno se transforme em um ser ativo e interativo. Procuramos articular teoria e prática de modo a endossar a formação docente para uma 'práxis' que desenvolva a questão sócio-cognitiva do educando. Sob esse viés, as pesquisas caminham em favor da demarcação da 'práxis' de cunho dialético materialista histórico, em que Frigotto (1989, p. 73) frisa:

> Enquanto uma postura, ou concepção de mundo; enquanto um método que permite uma apreensão radical (que vai à raiz) da realidade e, enquanto 'práxis', isto é, unidade de teoria e prática na busca da transformação e de nova síntese no plano do conhecimento e no plano da realidade histórica.

Neste contexto, para emergir das raízes de nossas pesquisas será indispensável a abordagem metodológica empregada na pesquisa bibliográfica e estudo de caso. Utilizaremos as considerações de Fonseca (2002) e Bardin (2011) sobre pesquisa bibliográfica e estudo de caso, respectivamente, fortalecendo a essência dos estudos sobre o processo da Formação Docente e o trabalho colaborativo e inclusivo na Educação Infantil.

Os resultados preliminares apontam a formação dos professores como objeto de estudo pelos pesquisadores da educação, visando a otimização das suas ações em prol de docentes mais conscientes e eficazes no ensino, especialmente de crianças pequenas com e sem deficiência. A Educação Infantil vem seguindo a BNCC (2017) com práticas

exitosas de interação e brincadeiras para desenvolver e preparar o infante para continuar os estudos e viver em sociedade.

Os resultados das pesquisas se enveredam, pois, na perspectiva das práticas inclusivas qualitativas e eficazes. Ferreira (2021) afirma que a colaboração enquanto professores pesquisadores pode contribuir para reflexões e efetivação de um currículo individualizado inclusivo que favoreça as peculiaridades do infante, principalmente fomentando um olhar sensível em direção a formação dos professores que lidarão com este tenro segmento do ensino. Acentuamos, pois, a importância de reflexões epistemológicas a favor de uma educação mais humana, subsidiada por estudos teóricos em prol de uma prática que vislumbre uma 'práxis' autêntica e inclusiva nas classes populares. Além disso, colheremos os relatos docentes através de entrevistas semiestruturadas de maneira a articular e ecoar suas vozes à teoria, contribuindo sobremaneira com reflexões e vicissitudes no ensino dos infantes.

Apresentamos abaixo a fundamentação teórica que contempla este artigo e dialogará com as pesquisas de tese em andamento.

2 I FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para a constituição da base teórica do trabalho, alguns autores foram selecionados como os principais e obtiveram destaque no decorrer do texto.

Abordando o contexto da Educação Infantil numa perspectiva colaborativa escolar e a inclusão de alunos com deficiência na escola, foi considerado Beyer (2005, p. 69), em que "a discussão sobre o currículo precisa, necessariamente, passar pela discussão sobre a mudança de paradigmas na educação especial". Assim, acreditamos nas reflexões interdisciplinares, que abarcam inclusive as pesquisas de tese mencionadas. Utilizamos como arcabouço teórico Francischett (2004) que discorre sobre a interdisciplinaridade como um processo de constante aprendizado a favor de novas relações entre os conteúdos e objetivos comuns, na percepção de que o projeto de trabalho educacional é por natureza interdisciplinar em sua compreensão, cumprimento e avaliação.

Temos também como subsídio a Declaração de Salamanca (1994) com uma vertente em prol de um novo olhar para as pessoas com necessidades educacionais especiais. Assim, se faz importante a compreensão de um currículo inclusivo, concebendo o processo ensino-aprendizagem a partir da respeitabilidade às diferenças e uma organização curricular construída sob a égide do conhecimento voltado às reais necessidades dos educandos. A Declaração de Salamanca

> ...proporcionou uma oportunidade única de colocação da educação especial dentro da estrutura de 'educação para todos' firmada em 1990 (...) Ela promoveu uma plataforma que afirma o princípio e a discussão da prática de garantia da inclusão das crianças com necessidades educacionais especiais nestas iniciativas e a tomada de seus lugares de direito numa sociedade de

aprendizagem (UNESCO/Ministry of Education and Science – Spain, 1994).

Percebemos, assim, que para caminhar a favor de avanços e vicissitudes na Educação Infantil se faz 'mister' uma preocupação com o currículo infantil, abarcando um olhar atento às especificidades infantis. Neste teor, imbricados nas Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação Especial (MEC-SEESP, 2001), devemos primar nossa prática docente em um currículo alicerçado na concepção de que o alunado possui características, interesses e necessidades de aprendizagem que precisam ser considerados.

Desta forma, uma escola de Educação Infantil pautada em práticas curriculares que primam a diversidade, deve estar alicerçada em um projeto inclusivo, imbricado no Projeto Político Pedagógico da escola, no currículo, na metodologia, na avaliação e nas estratégias de ensino, favorecendo a inclusão social e práticas educativas diferenciadas que atendam a todos os alunos em suas especificidades.

Já a pesquisa O processo da formação docente: do estudo ao protagonismo profissional relaciona-se com a pesquisa Ranços, Avanços e Vicissitudes na Educação Infantil na proporção que suscita um olhar acerca dos profissionais da educação e a melhoria da qualidade educacional do país. Vislumbra-se, então, a implementação da educação inclusiva desde o ensino infantil como possibilidade de concretização desse anseio.

De acordo com Gatti (2017), a formação de professores é uma ação difícil porque ocorre na complexidade de nossa sociedade. É preciso que reflexões em torno da formação docente e da educação escolar sejam constantes para a superação dos entraves nestas áreas.

Para Paulo Freire (2014), a formação permanente deve conduzir para a criticidade do professor sobre suas práticas, o que contribui muito para uma atuação cada vez mais autônoma e eficaz.

Assim, a formação docente, pois, deve ser aquela que, desde os estudos iniciais, propicie discussões acerca do papel do professor, qual seja a de ensinar com qualidade na e para a diversidade. A Educação Infantil e o ensino inclusivo devem ser prioridades nessas discussões para que o professor atue com excelência em diversos espaços e com diferentes públicos.

Amorim et al. (2017) procuraram perceber se os professores da Educação Infantil dispõem de formação inicial e continuada para trabalhar com crianças sem e com deficiência. Através de entrevistas realizadas com professoras de Atendimento Educacional Especializado (AEE) e de turmas de Educação Infantil atuando em parceria, perceberam que o primeiro grupo possui formação generalista em Educação Especial ou por áreas de deficiência/transtorno. No segundo grupo prevalece as áreas de Pedagogia e Psicopedagogia. Perceberam também a formação complementar em ambos os grupos. Assim, mostrou-se que as professoras procuram aperfeiçoar-se para o trabalho através da formação inicial e continuada, e pelos anos de experiências adquiridas. Contudo, se

desenvolvem em meio às dificuldades, como, a fragilidade curricular dos cursos em prol de uma proposta problematizadora, a falta de tempo ou o excesso de carga horária de trabalho que compromete os estudos e não há preparo para ensinar crianças com deficiência.

As autoras afirmam a importância de mais pesquisas sobre a formação e prática docentes, onde a Educação Infantil e os cursos formativos nessa área percebam a escola "[como] espaço e tempo de humanização, tanto de professores quanto de crianças, tratando-se, portanto, um ambiente de onde podem emergir os processos e práticas efetivas de inclusão na sociedade" (p. 401). Assim, concordamos com as autoras sobre o princípio fundamental da escola de formar educadores e educandos com vistas a um processo de ensino e aprendizagem afetivo, inclusivo e produtivo. Acreditamos como Gatti (2019) que a formação de professores no ambiente escolar consegue reunir os pares para a solução dos entraves pedagógicos que lá ocorrem, sendo a pesquisa o elemento necessário e de contribuição à superação das dificuldades.

Desta forma, propiciar um viés inclusivo, englobando a oportunidade essencial para uma educação holística, colaborativa e inclusiva como aponta nossas pesquisas, nos conduz ao compromisso da formação docente no segmento da educação infantil em uma perspectiva da inclusão em direção ao respeito às singularidades. Implica, pois, em um olhar sensível enquanto pesquisadores, subsidiando para uma aproximação colaborativa destes dois modelos de ensino, o regular e o especial, entendendo que todos nós possuímos ou podemos possuir, temporária ou permanentemente, "necessidades educacionais especiais".

Nesta direção, com a implementação da Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva (PNEE/EI), "[a] Educação Especial foi definida como, uma modalidade de ensino que perpassa por todos os níveis, etapas e modalidades da Educação desde a Educação Infantil até o Ensino Superior" (ROCHA, 2014, p. 22). Se faz 'mister' uma Educação Infantil numa perspectiva inclusiva, primando por práticas exitosas de professores que abarquem o fazer colaborativo interdisciplinar a favor da construção do conhecimento interativo.

Nesta proporção, o PNEE/EI (2008) salienta que a inclusão escolar tem início na Educação Infantil, visto que nessa etapa se constroem as bases tanto para os conhecimentos quanto para a construção social, afetiva e cognitiva dos educandos, advindo a ideia de uma prática colaborativa entre o ensino regular e especial, visando as especificidades infantis.

Como esclarece Ferreira (2018), a PNEE-EI/2008 representa um avanço, pois, enaltece que:

> [...] perpassa todos os níveis, etapas e modalidades, realiza o atendimento educacional especializado, disponibiliza os recursos e serviços e orienta quanto a sua utilização no processo ensino-aprendizagem nas turmas comuns do ensino regular (BRASIL PNEE/EI, 2008, p. 15).

Neste teor, o atendimento educacional especializado de zero a três anos "se

expressa por meio de serviços de estimulação precoce, que objetivam otimizar o processo de desenvolvimento e aprendizagem em interface com os serviços de saúde e assistência social" (BRASIL PNEE/EI, 2008, p. 16).

Partindo desses pressupostos, a atitude almejada pelas nossas pesquisas é fomentar no educador uma visão comprometida perante as peculiaridades de seus alunos, oferecendo, assim, oportunidades de construção do conhecimento. Acreditamos que nossas contribuições levem o educador a perceber as potencialidades de todos os alunos através do compromisso e respeito ao ritmo próprio do desenvolvimento do infante, englobando os níveis afetivo, cognitivo e social para efetivação dos processos de aprendizagem de cada aluno. Daí advém a valia de currículos adaptados, englobando os aspectos práticos, afetivos, sociais e conceituais como elucida AADID:

> Dimensão I: Habilidades intelectuais.
>
> Dimensão II: Comportamento Adaptativo (habilidades conceituais, sociais e práticas).
>
> Dimensão III: Participação, Interações e Papéis Sociais.
>
> Dimensão IV: Saúde (saúde física, saúde mental e etiologia).
>
> Dimensão V: Contexto (ambientes, cultura) (AADID, 2006, p. 21).

Deste modo, a construção da metodologia ocorre com base em uma pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista que as questões epistemológicas preliminares aqui levantadas vão fundamentar nosso estudo em um conceito fundamental: a educação inclusiva desde a Educação Infantil, desenvolvida por processos formativos docentes e discentes mais humanos e interdisciplinares.

Convém esclarecer que nossas pesquisas encontram-se em andamento. As entrevistas semiestruturadas com professores serão realizadas no decorrer das pesquisas, onde serão examinadas conforme as etapas de análise de conteúdo de Bardin (2011), articulando as falas dos professores sobre sua constituição e trabalho docente com os infantes à teoria. Assim, registraremos e propagaremos reflexões importantes para o conhecimento e transformação das práticas pedagógicas dos educadores.

3 | RESULTADOS ALCANÇADOS

A abordagem metodológica empregada na construção das reflexões e articulações entre as pesquisas decorre de uma pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista que as questões epistemológicas preliminares aqui levantadas vão fundamentar nosso estudo em um conceito fundamental: a educação inclusiva a favor de práticas curriculares atentas à diversidade através de um currículo interdisciplinar colaborativo.

Assim, concordamos com Fonseca (2002) e estamos realizando a pesquisa bibliográfica, partindo do levantamento de referências teóricas, analisadas e publicadas nos meios escritos e eletrônicos, como, livros, artigos científicos e páginas digitais. Para

o autor, um trabalho científico deve se iniciar através da pesquisa bibliográfica, o que contribui significativamente na busca de informações e conhecimentos sobre o problema e resposta do estudo.

A primeira etapa da metodologia da análise de conteúdo (BARDIN, 2011) parte de reflexões nas disciplinas cursadas do curso de doutorado em Humanidades, Culturas e Artes da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO), além de textos selecionados para a confluência dos temas e discussões das pesquisas apresentadas neste artigo.

A partir desse momento, utilizamos como critério de inclusão uma visão colaborativa interdisciplinar, em que as práticas educativas devem ser autênticas, entrelaçando de modo interdisciplinar as duas pesquisas de tese apresentadas.

Com o intuito de apresentar nossas intenções futuras em relação aos outros procedimentos metodológicos de cada pesquisa, pretendemos entrevistar professores e complementar nossas análises sobre como a formação docente e a educação infantil vêm ocorrendo na contemporaneidade a partir da realidade dos docentes. Objetivamos analisar essas duas facetas primordiais da educação entrelaçando teoria e prática, partindo primeiramente do levantamento bibliográfico em que parte aqui se apresenta. Essas entrevistas serão analisadas e categorizadas, articulando falas e referencial teórico.

Os resultados parciais das pesquisas abordadas neste trabalho acentuam a formação docente como objeto de estudo entre os pesquisadores educacionais, confirmando sua importância para a identidade e desempenho profissional dos professores. As práticas pedagógicas exitosas infantis vêm reverberando na Educação Infantil, baseada na BNCC (2017), em que a interação e as brincadeiras conduzem o infante para seu desenvolvimento cognitivo, afetivo e físico, preparando-o para a continuidade dos seus estudos. Desta forma, tais resultados corroboram para analisar a conjuntura da Educação Infantil e suas vicissitudes no processo de formação docente.

Evidencia-se nesse processo de estudos que há ainda ranços entre o que a teoria propõe e a prática cotidiana. Neste prisma, conclui-se a partir dos aportes bibliográficos que para driblar a discrepância entre ranços e avanços nessas vicissitudes educacionais se faz preponderante que a escola ofereça ao alunado com necessidades especiais um vasto aporte de estímulos ao seu desenvolvimento.

4 I CONCLUSÕES

Foi possível observar preliminarmente que ambas as pesquisas favorecem um olhar atento e colaborativo no segmento da Educação Infantil e na Formação Docente, delineando possíveis desafios a serem superados, em especial no que tange a oferta da educação inclusiva no preparo dos professores e atuação nas escolas de crianças pequenas.

A formação docente vem passando por questionamentos de modo a considerar a diversidade e desenvolver atividades para conscientizar e preparar os professores em seus

afazeres pedagógicos. Desta forma, as práticas pedagógicas da Educação Infantil estão mais voltadas à interação, às relações sociais e afetivas, e brincadeiras que reverberam atitudes mais inclusivas entre professores e infantes. Assim, nosso estudo tem como resultado preliminar que há avanços de cunho teórico, mas ainda há um caminho tenso no âmbito escolar com ranços de uma formação tecnicista que deve ser direcionada a um processo formativo docente que abarque as diferenças em direção às necessidades infantis da criança especial. Isto é: se faz necessário mudanças na formação docente para que o professor compreenda sua importância perante a sociedade e seus educandos, valorizado, pois, em sua vida acadêmica, pedagógica e financeira, e motivado a desenvolver suas práticas de ensino.

O professor, pois, precisa ser estimulado pelos processos formativos a desenvolver práticas que envolvam todos os seus educandos no processo de ensino-aprendizagem, formando cidadãos críticos que podem ecoar suas vozes pelos direitos garantidos para viver em sociedade.

Deste modo, se faz urgente o processo de inclusão dos alunos especiais numa perspectiva interdisciplinar colaborativa, sendo importante adequar o currículo, como defende a atual conjuntura endossada pelas diretrizes curriculares nacionais (2001, 2008) em direção à construção de uma sociedade inclusiva.

Sob essas reflexões, consideramos a inclusão como um processo de crucial relevância para a desenvoltura e concretude de um Estado democrático, atento aos indivíduos que o compõe, sendo a educação um dos pilares da construção social.

REFERÊNCIAS

AAMR. **Retardo mental**; definição, classificação e sistemas de apoio/ American Association on Mental Retardation. Tradução Magda França Lopes- 10 ed – Porto Alegre, Artmed, 2006.

AMORIM, Gabriely Cabestré et al. Formação de Professores da Educação Infantil: reflexões sobre a necessária instrumentalização teórica do profissional atuante com criança com ou sem deficiência. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, Araraquara, v.12, n.1, p. 387-403, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21723/riaee.v12.n1.7597>. E-ISSN: 1982-5587. Acesso em: 31 ago. 2021.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** São Paulo: Edições 70, 2011, 229p.

BEYER, Hugo Otto. **Inclusão e avaliação na escola:** de alunos com necessidades educacionais especiais. 4. ed. Porto Alegre: Mediação, 2005.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular.** Resolução CNE/CP nº 2, de 22 de dezembro de 2017. Brasília: MEC, 2017. Disponível em: http://basenacionalcomum .mec.gov.br/images/BNCC_publicacao.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

______. **Educação infantil:** saberes e práticas da inclusão: introdução. [4. ed.] / elaboração Marilda Moraes Garcia Bruno. – Brasília: MEC, Secretaria de Educação Especial, 2006. 45 p.

_______. Ministério da Educação. **Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica** / Secretaria de Educação Especial – MEC; SEESP, 2001.

_______. **Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva.** MEC, Brasília, janeiro de 2008.

BRUNO, M. M. G. A inclusão educacional de pessoas com deficiência: limites e desafios para a cultura escolar. In: KONKIEWITZ, Castelon. **Aprendizagem, comportamento e emoções na infância e adolescência:** uma visão transdisciplinar. Editora UFGD, Dourados, 2013.

Declaração de Salamanca e Linha de Ação sobre Necessidades Educativas Especiais. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

FERREIRA, Márcia Vales**. A educação inclusiva na rede Municipal de Duque de Caxias mediada pela experiência interdisciplinar colaborativa na Escola Municipal Professor Vilmar Bastos Furtado** / Márcia Vales Ferreira. - Duque de Caxias, 2018. 221 f.: il.; 30 cm.

_______. **Educação Especial Inclusiva. Teoria e prática para a construção do currículo e Planejamento Educacional Individualizado (PEI): contextualização e modelos.** Rio de Janeiro: editora Clube de Autores. 1ª edição, 2020

_______. **Ranços, avanços e vicissitudes na Educação Infantil:** experiências na Educação Infantil na Baixada Fluminense em prol de práticas de letramento e inclusão (Projeto de tese para a UNIGRANRIO). 2021. 27p. Mimeo.

_______. **Sapatear e cantar:** a alegria de viver a inclusão. Editora Clube de Autores. 1ª edição. Rio de Janeiro/RJ, 2021.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002.

FRANCISCHETT, Mafalda Nesi, **O entendimento da interdisciplinaridade no cotidiano**. In: www.bocc.ubi.pt, 2004.

FREIRE, PAULO. **Pedagogia da autonomia:** saberes necessários à prática educativa. 49 ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FRIGOTTO, Gaudêncio. *O enfoque da dialética materialista histórica na pesquisa educacional.* In: FAZENDA, I. (Org.) **Metodologia da pesquisa educacional.** São Paulo: Cortez, 1989, p. 69-90.

GATTI, Bernardete Angelina. *Formação de professores, complexidade e trabalho docente.* **Rev. Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 17, n. 53, p. 721-737, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322782592_FORMACAO_DE_PROFESSORES_COMPLEXIDADE_E_TRABALHO_DOCENTE. Acesso em: 26 jul. 2021.

GATTI, Bernardete Angelina (16 de agosto de 2019). 1 vídeo (10’26”) Entrevista. **Os obstáculos da Educação na formação de professores.** Disponível em: https://youtu.be/kH8ziVViCSA. Acesso em: 19 maio 2021.

REIS, Haydéa Maria Marino Sant'Anna; FERREIRA, Márcia Vales; ROCHA, Patrícia Rodrigues. **Experiências docentes na educação infantil e inclusão escolar** (organizadoras). 1. Ed. Veranópolis: Diálogo Freiriano, 2021.

ROCHA, M. G. S. **Processos de ensino e aprendizagem de alunos com múltiplas deficiências à luz da teoria histórico-cultural:** tecnologias assistivas e comunicação alternativa possibilitando práticas no AEE. Dissertação Mestrado. UFRRJ, 2014.

ROCHA, Patrícia Rodrigues. **O processo da formação docente:** do estudo ao protagonismo profissional (Projeto de Tese para o processo seletivo da UNIGRANRIO/RJ) 2021. 10p. Mimeo.

CAPÍTULO 16

RESPONSABILIDADE CIVIL: O ABANDONO AFETIVO E MATERIAL DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS IDOSOS

Data de aceite: 01/04/2022

Maria Joarina Aguiar Paulino
Graduada em Direito (Christus Faculdade do Piauí-CHRISFAPI); Pós Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário (Escola Aberta de Direito-EADIR). Advogada

Rafaela Moita de Macedo Castro
Graduada em Direito. Pós graduanda em Direito Processual Civil. Advogada

Hilziane Layza de Brito Pereira Lima
Docente Efetiva de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Doutoranda em Direito (IDP). Mestra em Políticas Públicas (UFPI). Advogada.

RESUMO: O tema em tese tem suscitado polêmica em decisões jurisprudenciais, bem como no campo doutrinário, vindo este explicar a responsabilidade civil, no âmbito do abandono material e afetivo que os filhos têm perante aos pais idosos. A proteção legal descrita demonstra os principais pontos de responsabilização civil dos filhos, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, ser estabelecido os direitos sociais do idoso, assistência social que deve ser dada a quem dela precisar para mantença de sua família, os direitos fundamentais tratando da absoluta prioridade do idoso. O abandono material é um delito caracterizado pela omissão injustificada na assistência familiar, nesta esfera os idosos têm o direito de receber pensão alimentícia quando não tem condições próprias para sua mantença, podendo resultar uma prisão civil a inadimplência da verba alimentar. O abandono afetivo não impõe que os filhos amem os pais, porém, estabelece o dever de cuidado dos filhos para com seus pais idosos, em decorrência dos princípios constitucionais e a necessidade de responsabilizar o descumprimento do dever de cuidado, de forma a proporcionar que os direitos dos idosos sejam cumpridos integralmente e sem prejuízos, cabendo a família, a sociedade, e quando não for possível, ao Estado esta obrigação, bem como estabelece o estatuto do idoso. Utilizando-se como metodologia a pesquisa bibliográfica em livros, leis e outros artigos, o estudo teve como base o posicionamento legal, doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Conclui-se que os filhos, que ora se apresentam na posição de cumprimento de obrigações paterno-filiais, tem o dever de cuidar, proteger, bem como se responsabilizar pelos seus genitores em tenra idade.
PALAVRAS-CHAVES: Idoso; Responsabilidade civil; Abandono afetivo; Abandono material.

1 I INTRODUÇÃO

A importância da responsabilidade civil pelo abandonado material e afetivo que os filhos têm sobre seus pais idosos é algo que se encontra materializado em toda a sociedade, sendo a população brasileira em parte composta por idosos que muitas vezes precisam da proteção da família e do Estado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativas garantias legais em seu capítulo

VII no que tange ao tema família e seus desdobramentos, aduzindo no artigo 226 acerca do amparo especial à família, compreendida como base da sociedade, fundada no casamento, bem como na união de fato.

Ademais, traz à tona margem para a proteção de novos contornos familiares, como por exemplo: a união homoafetiva, família monoparental, reconstituídas, família unipessoal, dentre outras norteados pelos princípios basilares da dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, e um princípio derivado e não menos importante, o da afetividade, a todas estas recaí a mesma responsabilidade daqueles que advêm de uma união heteroafetiva, ou seja, a responsabilidade civil paterno-filial.

Através das evoluções sociais ocorridas ao longo dos séculos, o direito de família enfrentou diversas transformações legislativas, estruturais e principiológicas, tornando-se mais abrangente e adaptando-se ao novo conceito de entidade familiar. Outrossim, com o avanço da proteção jurídica nas relações familiares, o instituto da afetividade ganhou destaque e passou a ser reconhecido como elemento formador destas relações, sendo considerado princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro e resultado do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito dos idosos tem por fundamentação a Constituição Federal de 1988, na Lei Orgânica da Assistência Social, (Lei 8.742/ 1993) Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/1994) no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e no Código Civil de 2002. Assim, com fundamento legal e nos princípios que regem tais legislações afirma-se que os idosos têm assegurado o seu direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade e à convivência familiar, onde os deveres e obrigações dos filhos sejam o de amparar os pais na velhice independente de laços afetivos, pois em nenhuma hipótese a legislação brasileira impõe o dever jurídico de amá-los, mas sim de assisti-los em suas necessidades.

Todavia, a família ao ser considerada a base da sociedade tem especial proteção do Estado, que desenvolve mecanismos para coibir a violência no âmbito de todas as relações, bem como o dever de proteção dos seus entes, uns com os outros.

Conclui-se que os filhos, que ora se apresentam na posição de cumprimento de obrigações paterno-filiais, tem o dever de cuidar, proteger, bem como se responsabilizar pelos seus genitores em tenra idade.

Este artigo tem como objetivo enfatizar os direitos dos idosos e as obrigações que os filhos devem ter para com seus pais, bem como demonstrar através da lei que estes direitos devem ser efetivamente cumpridos, como: estabelecer o dever de sustento, cuidado, proteção e amparo material necessários a uma sobrevivência digna, sob pena de responsabilização civil e criminal. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, embasada no posicionamento legal, doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

2 I O CONCEITO DE IDOSO CONFORME REGULAMENTAÇÃO LEGAL

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, em seu artigo 1° conceitua o que seja uma pessoa idosa: “Art. 1° É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (BRASIL, 2003a)”. Assim, ressalta-se que não há alusão a qualquer característica individual do ser humano, como condição social, sexo, entre outros, apenas utiliza como referencial, a idade.

É importante salientar, que após atingir a faixa etária exigida a pessoa passará a usufruir dos direitos e garantias estabelecidas pela legislação protetiva, artigo 3º da Lei nº10.741/03, dentre os quais se referem determinadas garantias de prioridade que compreende:

> (...) I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;
>
> II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;
>
> III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;
>
> IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;
>
> V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;
>
> VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;
>
> VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;
>
> VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.
>
> IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.(BRASIL, 2003b)

Os direitos da pessoa idosa são garantias constitucionais determinadas pelo Estatuto do Idoso, aprovado em 2012. Nele estão reunidos 118 artigos que estabelecem e delimitam as obrigações da família, da sociedade e do Poder Público em assegurar os direitos do idoso no Brasil. Cabe ainda salientar, que entre os principais itens desta lei estão a efetivação de demais direitos ao idoso, bem como ao direito à vida, direito à saúde, à alimentação, à educação, o acesso prioritário à cultura e aos equipamentos de esporte e lazer, entre muitos outros assim como citado anteriormente.

É no seio da família que se constitui o alicerce dos direitos e cuidados aos idosos, pois é nela que se inicia o processo de socialização, educação e formação do indivíduo para

o mundo. O retrato ainda tímido sobre a família, onde a figura do divórcio não existia e os filhos eram classificados como legítimos ou ilegítimos foi uma realidade que se prolongou por muitas constituições, só vindo a ser modificada na Carta de 1988. Assim como aborda Lôbo (2004):

> O princípio do pluralismo das entidades familiares rompe com a tradição centenária do direito brasileiro de apenas considerar como instituto jurídico o casamento, desde as Ordenações do Reino, todas as Constituições brasileiras (imperial e republicanas) estabeleceram que apenas a família constituída pelo casamento seria protegida pelo Estado. Apenas a Constituição de 1988 retirou do limbo ou da clandestinidade as demais entidades familiares, nomeadamente a união estável e a entidade uniparental (pai ou mãe e filhos). Os integrantes dessas famílias – relegadas a meros fatos sociais, não jurídicos – eram destituídos de direitos familiares idênticos.

Nessa esteira, a promulgação da Constituição cidadã fortaleceu a tendência à constitucionalização do Direito de Família, efetivando temas juridicamente relevantes que muitas vezes restava esquecido pelo Estado por dizer sobre relações de direito privado.

A Carta Magna de 1988 promoveu justamente essa modificação mediante a introdução de princípios gerais, específicos, explícitos e implícitos ao Direito de Família, estando entre eles o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o da Afetividade, o da Solidariedade Familiar e o da Função Social da Família, sempre atentando para a salvaguarda dos direitos e das garantias individuais e a primazia dos aspectos pessoais em detrimento dos aspectos patrimoniais, bem como o amparo ao real conceito de idoso.

Desta forma, é dever da família, em especial dos filhos, prestar assistência no que for preciso aos cuidados do idoso, proporcionando-lhes um convívio saudável e um tratamento igualitário, independente de quaisquer circunstâncias.

3 I OS DIREITOS DOS IDOSOS SOBRE A LEGISLÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS FILHOS PARA COM OS PAIS IDOSOS

Os direitos dos idosos estão presentes na legislação brasileira de forma explicita sendo fundamentado na Constituição Federal de 1988, na Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.179/74), na Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94), no Estatuto do Idoso (Lei N° 10.741/2003) e no Código Civil de 2002.

A Constituição Federal de 1988 apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito à cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 229 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988a): “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, onde se refere que a família se classifica como a unidade de representação social, devendo as relações familiares obedecerá norma legal que os pais tenham o devido cuidado material e afetivo em relação aos filhos menores e os filhos menores como tais, façam e exerçam o devido auxílio aos

pais idosos:

> Nem mesmo os modelos de entidades familiares lembrados pela Constituição Federal de 1988 abarcam toda a diversidade familiar presente na contemporânea sociedade brasileira, cujos vínculos advêm do afeto, este, representado pelo sentimento de duas pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, unidas por um destino comum, embora este não seja requisito indispensável para haver uma família, nem que a relação afetiva seja sempre entre um homem e uma mulher, nem que haja sempre um pai e uma mãe na estrutura familiar (MADALENO, 2012, p. 24).

Sendo assim, no conceito moderno de família, não importa se for uma união homoafetiva ou heteroafetiva, passam a merecer a proteção estatal dos pais idosos, pois ambas as formas de relações são asseguradas constitucionalmente, devendo em qualquer dessas hipóteses os filhos auxiliarem seus pais idosos na melhoria de sua qualidade afetiva e material.

Segundo o artigo 230 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988b).

O *caput* e nos demais parágrafos do artigo 230 da Constituição Federal de 1988 reforça o que afirma o artigo 229 da Constituição Federal, onde ambos irão proteger a dignidade da pessoa humana, além da integridade material ou econômica, também, assegura à física, á psíquica e afetiva, motivando e resguardando direitos para que os idosos possam participar na comunidade em que ele está inserido com dignidade.

Desta forma, o próprio Estado reserva direitos específicos para os idosos e responsabilidades específicas para as famílias quando os programas destinados aos idosos devem ser executados em seus lares e assim a garantir a convivência com a família na questão afetiva para a realização de tais feitos.

3.1 Política Nacional Do Idoso (Lei Nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994)

A Lei n° 8.842/94 fez surgir a Política Nacional do Idoso, essa lei foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 1.948/96, sendo criado, logo após o Conselho Nacional do Idoso na data de 13 de maio de 2002, contabilizando avanços importantes nas políticas públicas de acesso aos direitos das pessoas idosas no país, destacando-se a criação do Estatuto do Idoso.

Conforme o artigo 1° da Lei nº 8.842/94 (BRASIL, 1994d): “Art. 1º A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”, objetivando-se que a Política Nacional do Idoso pudesse garantir os direitos sociais do idoso, para a

melhor aplicabilidade na inserção dos idosos na sociedade em que participam:

> Na verdade, não é somente com o engajamento de determinados órgãos públicos que os idosos obterão seu reconhecimento e identidade pessoal e social. A família precisa estruturar-se a fim de proporcionar uma melhor convivência entre os seus membros, assumindo assim o seu novo papel em relação à tutela jurídica e ao amparo dos idosos. O papel essencial da família, no cenário social brasileiro está ligado à proteção, afetividade, alimentação, habitação, cuidados e acompanhamento médico, respeito e companheirismo (DONZELE; CARVALHO, 2009, p.37).

Para que os idosos tenham a proteção, afetividade, alimentação, habitação, cuidados e acompanhamento médico, respeito e companheirismo, não adianta ser criado políticas públicas ou programas sociais pelo Estado a tais prerrogativas se a família não estiver envolvida, pois é ela que sabe os reais anseios e as problemáticas do cotidiano dos idosos, além de ser descrito em lei que os filhos tem absoluta responsabilidade material e afetiva sobre seus pais idosos para que eles tenham uma qualidade de vida elevada nessa faixa etária.

Portanto, com a Política Nacional do Idoso a velhice ganhou amparo e visibilidade de toda a pátria, resultando em um envelhecimento mais saudável e assim podendo ser responsabilizado civilmente e penalmente os filhos que abandonarem seus pais idosos.

A Lei n°8.742/93, Lei Orgânica Da Assistência Social, conhecida popularmente como LOAS, tem por prerrogativa a assistência social que deve ser dada a quem dela precisar, ou seja, a quem não tem meios para o sustento próprio ou de sua família, independentemente de contribuição direta do beneficiário.

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988c).

A assistência social é algo constitucional, que vem explicito na letra da Lei maior, além de estar presente na Lei Orgânica da Assistência Social que reforça no referido Art. 20 desta lei:

> Art. 20 O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família (BRASIL, 1993f).

A prestação de assistência social pecuniária é denominada benefício de prestação continuada, cujo consentimento e administração são concretizados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), demonstrando assim, que os idosos nunca serão desamparados pelo Estado sempre buscando mostrar que a família deve ser envolvida na qualidade de vida do idoso.

3.2 O Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso regulamentado pela Lei nº 10.741/03 apresentou-se como grande importância para a evolução dos estudos sobre a pessoa idosa e a sua qualidade vida. O referido diploma aduz em seu artigo 3° sobre os direitos dos idosos e regulamenta quem deve lhes prestar assistência, quais sejam: a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público.

Outrossim, apresenta ainda, os direitos fundamentais tratando da absoluta prioridade do idoso com a concretização e efetivação dos direitos à vida, à educação, à saúde, à liberdade, à alimentação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e social dos idosos.

Portanto, a lei aqui em comento constituiu diversos direitos e prerrogativas aos idosos, compondo um microssistema, detendo em si a importância de reconhecer as necessidades especiais das pessoas com mais de sessenta anos, atribuindo a família, sociedade e ao Estado determinados, e importantes, deveres.

O Código Civil de 2002 tem uma vasta alegação quanto à mantença dos idosos pela família, vaja quais são:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível coma sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.
>
> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.
>
> Art. 1.696**.** O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Art. 1.697**.** Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.
>
> Art. 1.698**.** Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiverem condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.
>
> Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. (BRASIL,2002a)

Dessa forma, o Código Civil de 2002 vai demonstrar obrigações e direitos, respectivamente, da família e idosos, abordando sobre mantença alimentar que conflitam

com o Estatuto do Idoso que, por sua vez, em seu art. 12 descreve que a obrigação alimentar dos idosos será solidária perante a sua família, podendo o idoso escolher de quem será a obrigação dessa prestação alimentícia, conforme o entendimento pacífico representado pela jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça abaixo:

> Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso. - A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. - A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. - O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 775565 SP 2005/0138767-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/06/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.06.2006 p. 143) (BRASIL, 2006).

Portanto, o STJ entende que a obrigação será conjunta permitida pelo Estatuto do Idoso mesmo que o Código Civil deixe a arcar a responsabilidade de escolha pelo idoso em quem prestará assistência alimentícia a ele.

4 | ABANDONO MATERIAL DOS PAIS IDOSOS

O abandono material é um crime caracterizado pela omissão injustificada na assistência familiar, ou seja, a sonegação de provimento de subsistência, quando o responsável pelo sustento de determinado indivíduo deixa de contribuir para a efetivação do mesmo, deixando tal indivíduo em situação difícil, não o proporcionando os recursos necessários ou faltando com a obrigação de alimentos, encontra-se disposto no artigo 244 do CPB, no capítulo III(dos crimes contra a assistência familiar) do título VIII (Dos crimes contra a família):

> Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo (BRASIL, 1940h).

Vale ressaltar, que os idosos tem o direito de receber pensão alimentícia, fato este que decorrerá da análise do caso concreto, em que haja a ocorrência da falta de condições próprias para sua mantença ou quando não possuírem recursos suficientes para auferirem-se as mesmas e a ausência de pagamento, desta, pode resultar em prisão civil, consoante artigo 5º, LXVII da Constituição Federal.

O dever de alimentar não se restringe aos alimentos propriamente ditos, mas todos aqueles recursos que se fazem necessários para efetivação de uma vida digna, este direito são decorrentes do princípio da solidariedade familiar e está intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais, uma vez que, são imprescindíveis para a sobrevivência do indivíduo, salvaguardando sua vida, saúde e dignidade, bem como tem a finalidade de assegurar o direito à vida, devendo ser efetivados pela família e quando esta não dispuser de condições estará incumbido toda coletividade e apenas em último caso esse dever será reputado ao Estado.

O autor Marco Antônio Vilas Boas (BOAS, 2005, p.29 *apud* SILVA et. al., 2015) aduz que: "os filhos têm para com os pais as mesmas obrigações paternas antecedentes a velhice". Se um pai idoso, sem condição de sobrevivência, depender de um dos filhos, os demais deverão responder pelo encargo na proporção de seus recursos, sendo que todos os filhos são responsáveis pela manutenção paterna, contribuindo de forma proporcional com suas remunerações.

A jurisprudência já se pacificou diante da situação supracitada (pensão alimentícia aos pais idosos), até mesmo por que a Constituição Federal também assegura em seu artigo 29 que esse é um dever recíproco entre pais e filhos. Segue-se em análise:

> No Brasil grande parte dos idosos sofre os mais variados tipos de abandono e maus tratos, muitos cometidos pelos próprios familiares. O caso mais comum é de abandono de idoso em cada de saúde ou em asilos. Os parentes simplesmente esquecem de visitá-lo, deixando-o totalmente desamparado. Na hipótese que os parentes convivem com o idoso, muitas vezes, recebem os seus proventos e não alcançam sequer alimentos ao idoso (TOALDO; MACHADO, 2012, p.1 *apud* REIS, 2014).

Ademais, o autor do descaso, além de ter que pagar pensão ao idoso que garanta a sua sobrevivência, deverá por vezes pagar indenização pelo próprio abandono material, visto que, este tipo de abandono desencadeia uma série de danos a saúde física e psíquica dos idosos diminuindo significativamente sua expectativa e qualidade de vida.

Portanto, a legislação é clara ao resguardar os direitos dos idosos em sua totalidade, cabendo a todos, e em especial aos filhos, zelar para que estes sejam cumpridos, dever este imputado a família, ao Estado e a sociedade. Desta forma, qualquer violação a quaisquer dessas garantias legais poderá ser punida na forma da lei penal e civil, sendo puníveis, também, as demais formas de descaso e violação de garantias amparadas pela lei 10.741 de outubro de 2003 (Estatuto do idoso).

5 I A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS COM RELAÇÃO AOS PAIS DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MATERIAL

O descaso entre pais e filhos é caracterizado como grave abandono moral e necessita de atenção do Poder Judiciário, uma vez que o Estatuto do idoso dispõe nos

artigos 3º e 4º os deveres que os filhos devem ter em relação aos pais idosos (os quais são de cuidado, convivência, dignidade, entre outros), não havendo aqui uma imposição do dever de amar, mas havendo a necessidade de se estabelecer a responsabilidade ante o descumprimento de dever de cuidado, de forma a proporcionar que os direitos dos idosos sejam cumpridos em sua integralidade e sem prejuízos, cabendo a família, a sociedade, e quando não for possível, ao Estado esta obrigação:

> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DE IDOSA – SITUAÇÃO DE RISCO EVIDENCIADA – ABANDONO AFETIVO E MATERIAL – COLOCAÇÃO EM UM ABRIGO – UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO PELA IDOSA PARA PAGAMENTO DE DESPESAS – POSSIBILIDADE – RESPEITO ÀS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO ARTIGO 35 DO ESTATUTO DO IDOSO – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. 1 –Incumbe ao Município empreender os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção aos idosos que se encontram em situações de risco, por abandono material e afetivo, em respeito aos ditames constitucionais e ao Estatuto do Idoso – Lei Federal nº 10.741/03. 2 – Comprovado nos autos que a idosa encontra-se em situação de desamparo, sem acesso às mínimas condições para viver de condignamente, deve ser julgada procedente a ação que visa o abrigamento da paciente em instituições para idosos. 3 – Nos termos do art.35 do Estatuto do Idoso, o benefício previdenciário da idosa pode ser utilizada no pagamento de parte das despesas em razão do abrigamento, desde que seja respeitado o limite de 70%, e que o ente público continue pagando com o pagamento complementar das despesas necessárias. 4 – Reforma parcial da sentença. (TJ-MG – AC: 10000150873347002 MG, Relator: Sandra Fonseca, Data do Julgamento: 08/10/2019. Data de publicação: 16/10/2019) (BRASIL, 2019).

> REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE ACOLIMENTO E CONCESSÃO DE CASA-LAR. IDOSO EM EXTREMA VULNERABILIDADE. AUSÊNCIA DE GRUPO FAMILIAR. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. A dignidade e bem-estar das pessoas idosas são direitos assegurados pela Constituição Federal, de modo que, garantir sua proteção é dever tanto do Estado, como da família e da sociedade (art.230, CF)- nos termos do art. 37§1º, do Estatuto do Idoso, a assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada a inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família – Comprovada extrema vulnerabilidade de idoso, que apresenta quadro de saúde fragilizada, sobrevivendo em circunstâncias de abandono afetivo e familiar sem moradia, é forçoso reconhecer a responsabilidade do ente Distrital em garantir sua internação em instituição de longa permanência . REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJ-DF 0700413-48.2020.8.07.0018. Rel. LUIS GUSTAVO B DE OLIVEIRA, Data do Julgamento: 08/04/2021, 4ª Turma cível, Data da Publicação: 20/04/2021) (BRASIL, 2021).

No campo do direito, a responsabilidade civil sempre esteve muito relacionada ao direito obrigacional e ao campo dos contratos, mas as relações familiares, por não possuírem este cunho negocial estiveram sempre à margem nessa discussão. No entanto, com as novas relações sociais e familiares instauradas, tal instituto adentrou também à seara do Direito de Família.

O princípio da solidariedade no âmbito do Direito de família faz referência à solidariedade como um dos objetivos fundamentais da República, significa dizer que há uma ligação reciproca entre os membros de uma comunidade, ou seja, o dever de cuidado e de zelo pelos idosos é um reflexo obrigacional desse princípio constitucional, tal reflexo está insculpido no artigo 229 da CFRB/88, o qual dispõe acerca da obrigação dos filhos em ajudar e amparar os pais nas situações de velhice, carência ou enfermidade.

A responsabilidade material por meio de pagamento de prestação pecuniária é um direito incontestável, e está garantido pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.696, é de extrema valia, porém não é suficiente para garantir vida digna, paz interior, saúde (física e psicológica) e segurança dos pais, principalmente quando se trata de idosos cuja vida e saúde encontram-se fragilizadas.

A omissão de aparo afetivo pelos filhos ocasiona diversos danos a saúde dos idosos, estando estes, expostos e vulneráveis para males diversos, que tolhem suas virtudes, seus valores e que atingem sua qualidade de vida. Além disso, geram dor, angústia e sofrimento, podendo contribuir para o agravamento de doenças e, consequentemente, até mesmo a morte.

A responsabilidade civil, quanto ao abandono afetivo, reparação por dano moral e decorrente da violação dos direitos do idoso, é objetiva, sendo que aquele que ocasionou o dano, independentemente da comprovação de dolo ou culpa, tem o dever de reparar, e nesse caso esta reparação se por meio da indenização.

O Direito Civil brasileiro aduz que o individuo tem a obrigação de não lesar o outro e no caso de inadimplemento ou lesão terá o surgimento do dever de indenizar. No caso de abandono afetivo o Código Civil ampara e sustenta essa responsabilização em seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002b).

A ação ou omissão, no caso de abandono afetivo, encontra-se no ato de proceder ou no fato dos comportamentos adotados pelos filhos para com os pais idosos deixando de cumprir com o dever de amparo e violando as demais garantias asseguradas a eles.

Para que se configure o dano moral por abandono afetivo deve-se evidenciar o dano através da comprovação da inexistência de afeto, uma vez que este deve permear as relações familiares (filho-paternal), tendo em vista que se o responsável tivesse uma real preocupação com o idoso, não agiria de tal forma, ao contrário, estaria atento ao bem-estar, a integridade física, moral e psíquica do idoso.

A indenização por abandono afetivo tem caráter punitivo, vez que penaliza as violações dos deveres morais, no que se refere aos direitos da personalidade do idoso abandonado que ultrapassam aborrecimentos cotidianos; compensatório, pois tem a finalidade de compensar a privação do convívio familiar, além do próprio dano moral ocasionado; de privação, visto que tem como pressuposto desestimular as omissões;

pedagógico, em razão de objetivar o desestímulo das omissões ocasionadas pelos filhos.

Logo, a obrigação de indenizar por abandono afetivo é uma forma de punir e educar o filho que se omite do dever legal de amparar, assistir, zelar e cuidar de seus pais em tenra idade, ao passo que, também, visa compensar o idoso que suportou tantas privações.

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que é vasto o debate no que tange a responsabilidade civil da família em decorrência do abandono afetivo inverso, sendo este caracterizado como a ausência de afeto ou ainda a omissão de cuidado dos filhos em relação aos seus genitores. De antemão, vislumbra-se a presença do ato ilícito configurado nas diversas condutas omissas ou negligentes e o nexo causal pelo vínculo familiar que os une, enquanto o dano pode ser facilmente constatado na observação do idoso e de suas condições deficitárias.

É perceptível no referido estudo a existência de inúmeras modificações do conceito de família ao logo do tempo e a que se vincula a sociedade atual, os princípios norteadores das relações familiares, os poderes e deveres que esta dispõe para com os seus membros, a atualização dos códigos e leis de amparo à família e em especial aos idosos, a preocupação em garantir os direitos dos idosos e os deveres dos membros da entidade familiar uns para com os outros.

Observa-se, também, o dever de prestar assistência material e alimentar como forma de garantir a vida, a saúde, a dignidade e manutenção do idoso, pois se encontram em estágio da vida que carecem de atenção e cuidados especiais, bem como o dever de prestar assistência afetiva, em virtude de não serem seres inanimados e por necessitarem de carinho, atenção e principalmente de amor. O não cumprimento destes deveres ou obrigações, ou o simples fato da omissão filial, para com os pais idosos, gera o dever de reparação de danos, que se consubstancia na obrigação de prestar alimentos e demais despesas materiais, bem como a indenização por dano moral, referente ao abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

BOAS, Marco Antonio Vilas. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 29.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 5 de outubro de 1988a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 ago. 2021.

_______. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 5 de outubro de 1988b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 ago. 2021.

_______. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 5 de outubro de 1988c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 ago. 2021.

_______. **DECRETO-LEI N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Institui o Código Penal.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 7 de Dezembro de 1940. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em: 10 ago. 2021.

______. **LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993. Lei Orgânica Da Assistência Social.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 7 de Dezembro de 1993.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acessado em: 23 ago. 2021.

______.**LEI Nº 8.842, DE 4 DE JANEIRO DE 1994**. D**ispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 4 de janeiro de 1994. República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília,DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acessado em: 23 ago. 2021.

_____.LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro 2002a. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 23 ago. 2021.

_____. **LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro 2002b. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acessado em: 24 ago. 2021.

_____. **LEI Nº 10.741, DE 1° DE OUTUBRO DE 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 1 de outubro de 2003a . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acessado em: 23 ago. 2021.

_____. **LEI Nº 10.741, DE 1° DE OUTUBRO DE 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Out 2003b. República Federativa do Brasil: Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acessado em: 25 ago. 2021.

_______. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Jurisprudência. Recurso Especial n°775565 SP. 3°Turma. **Direito civil e processo civil. Responsabilidade Civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos.** Relatora Min. Nancy Andrighi. DJU, BRASÍLIA, 26 jun. 2006, p. 143. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41882/recurso-especial-resp--775565-sp-2005-0138767-9>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_______. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Jurisprudência**. Processo nº 0700413-48.2020.8.07.0018. Relator: LUIS GUSTAVO B DE OLIVEIRA. 4ª Turma Cível. Disponível em: < https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1195725442/7004134820208070018-df-0700413-4820208070018>. Acesso em: 29 dez. 2021

_______. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Jurisprudência.** Acordão n° 10000150873347002 MG. Relator: SANDRA FONSECA, Data do Julgamento: 08/10/2019. Data de publicação: 16/10/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770281437/apelacao-civel-ac--10000150873347002-mg >. Acesso em: 29 dez 2021.

DONZELE,Patrícia Fortes Lopes; CARVALHO, Elizabete Ribeiro de.**A legislação brasileira e o idoso**. Revista CEPPG – CESUC – Centro de Ensino Superior de Catalão, n. 21, p. 37, 2°semestre/2009. Disponível em :<http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c-5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf>. Acessado em: 24 ago. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O ensino de no Brasil.** Instituto Brasileito de Direito de Família, 2004. Disponível em: < https://ibdfam.org.br/artigos/125/O+ensino+de+no+Brasil>. Acessado em: 02 set.2021.

MADALENO, Rolf. **A afetividade como princípio jurídico consagrado no direito de família.** Revista CONSULEX, São Paulo, n. 378, p. 24, out. 2012.

REIS, Catia Alves. **A responsabilidade civil dos filhos para com os pais idosos [trabalho de conclusão de curso].** Paulo Afonso/BA: ORGANIZAÇÃO SETE DE SETEMBRO DE CULTURA E ENSINO LTDA, curso de Bacharelado em Direito; 2014. Disponível em: http://201.59.77.242/biblioteca/pdf_monografias/direito/2014/7507.pdf. Acessado em: 24 ago. 2021.

SILVA, Lilian Ponchio. et al. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo.** Revista Lex Magister, São Paulo, Jan. 2015. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx>. Acessado em: 24 ago. 2021.

TOALDO, Adriane Medianeira; MACHADO, Hilza Reis. **Abandono afetivo do idoso pelos familiares: indenização por danos morais.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11310>. Acesso em: 24 ago. 2021.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNjPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879.

ÍNDICE REMISSIVO

A

C

D

E

F

FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2022

FUNÇÃO POLÍTICA E SOCIAL DO DIREITO

e teorias da constituição

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2022